

SUSPENSÃO CONDICIONAL

DA PENA

(CÓDIGO PENAL DE 1940)

Professor ALOYSIO DE CARVALHO FILHO

(Obra póstuma)

O movimento de renovação de idéias que se processou no campo do Direito Criminal, na segunda metade do século passado, traduzindo-se em valorização da personalidade do homem delinqüente sobre a gravidade objetiva da sua infração como critério de fundamento e aplicação da sanção penal, suscitou, dentre as suas mais importantes conseqüências, a restrição, senão o repúdio às penas privativas da liberdade de curta duração, havidas, de então aos nossos dias, por inúteis, do mesmo passo que nocivas. Inúteis, porque impróprias, por seu breve tempo, à finalidade da correção do criminoso, posta no primeiro plano das cogitações de penalistas e penitenciariastas. E nocivas, porque facilitando, quiçá consumando, a indesejada promiscuidade entre delinqüentes de vários tipos, sobretudo entre os culpados de uma primeira falta e os inveterados no crime, defeito, aliás, acusável, a rigor, em qualquer prisão celular.

Em breve estudo sobre as “Penas privativas da liberdade de curta duração” (*Rev. Pernambucana de Direito Penal e Criminologia* — 8), o Professor RUI DA COSTA ANTUNES declara não encontrar nas “pequenas penas privativas de liberdade inconvenientes distintos dos existentes nas grandes. A prisão em si mesma — continua — é um fator criminógeno; e quanto maior o espaço de tempo de encarceramento tanto maiores serão as possibilidades de completar-se a obra de desajustamento do condenado”.

A verdade é que antes mesmo de iniciado o ciclo moderno de combate, às vezes vivíssimo, ao regime celular, já as penas de curta duração sofriam decisiva condenação de boa parte dos criminalistas. Delas disse o Ministro FIRMINO WHITAKER (*Condenação condicional*, 1930) que “não duram o tempo preciso para a emenda do infrator, permanecendo, entretanto, por tempo suficiente para corrompê-lo e aviltá-lo”.

Compreende-se, destarte, que surgissem medidas imaginadas como “sucdâneos” para as penas de curta duração. BASILEU GARCIA (*Instituições de Direito Penal* — Vol. I — T. II — 1952) assim as enumera: suspensão condicional

da pena, ou *sursis*; castigo corporal; multa; caução de bom comportamento; detenção domiciliar; admoestação ou repreensão judicial; perdão judicial; finalmente, o princípio da oportunidade, através do qual as autoridades incumbidas da repressão teriam o direito de alhear-se a qualquer iniciativa, em certos casos, e em face de determinadas circunstâncias, uma das quais seria, evidentemente, a da mínima importância do fato. De tantas medidas, nenhuma, a seu ver, alcançou maior simpatia da doutrina e do direito objetivo do que a *suspensão condicional da pena*. Constitui eia, juntamente com a *liberdade condicional* e a *sentença indeterminada*, "a alma do Direito Penal contemporâneo", na feliz expressão de J. ANGEL CENICEROS (Em *Tres Estudios de Criminologia* - 1941).

DENOMINAÇÕES

Variam, na doutrina como na legislação, as denominações dadas ao instituto da *suspensão condicional da pena*.

O decreto brasileiro de setembro de 1924, que o introduziu entre nós, preferiu chamá-lo pelo nome belga de *condenação condicional*, ainda que o seu texto fosse mais sensível ao modelo da lei francesa, conforme ressaltou ROBERTO LIRA (*Comentários ao Código Penal* - Coleção Forense - Vol. II). O Código de 1940 usou da expressão *suspensão condicional da pena*, mantida no Anteprojeto NELSON HUNGRIA (1963). *Sobreestação condicional da pena* é variante que aparece em CRISÓLITO DE GUSMÃO, nas páginas de uma monografia cujo título, entretanto, é *Suspensão condicional da pena* (1926). FIRMINO WHITAKER, no seu pequeno livro, editado quatro anos depois, optou pelo título de *Condenação condicional*.

Os argentinos preferem a expressão *condenação de execução condicional*, exprimindo, com isso, iniludivelmente, a idéia de que a *execução* da pena é que se suspende, mediante condições. Foi o designativo empregado no Projeto COLL - GOMEZ (1937). O Código argentino utilizara, porém, *condenação condicional*, que EUSÉBIO GOMEZ e outros consideraram rubrica imprópria. O Projeto SOLER (*Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal* - nº 12) inclinou-se para *suspensão condicional da pena de prisão*. O acréscimo desse último vocábulo confirma a exclusiva incidência sobre a penalidade privativa da liberdade. J. FREDERICO MARQUES (*Tratado de Direito Penal* - Vol. 3º - 1966) manifesta simpatia pela expressão *condenação de execução condicional*, que é, realmente, a que mais se identifica com a noção do instituto.

Os italianos empregam indiferentemente as locuções *sospensione condizionale della pena* e *condanna condizionale*. Aquela é a que figura no Código de 1930. Assinalando a diversidade de títulos, afirma GIUSEPPE CESARE POLA, autor do primeiro comentário formal à lei italiana de 1904 (*Commento alla legge sulla condanna condizionale* - 1905) que nenhuma das denominações geralmente usadas oferece do instituto uma idéia satisfatória. Afigura-se-lhe, sobretudo, imperfeito o nome de *condenação condicional*, mais adequado a designar uma condenação que dependesse de condições, quando, ao contrário, pelo menos através do tipo europeu-continental puro, a execução da pena é que fica subordinada ao implemento de condições.

O recente projeto português EDUARDO CORREIA (*Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal* - nº 8) preferiu *sentença condicional*.

Na França, o nome de batismo (Lei BERENGER — 1891) foi *sursis à l'exécution de la peine*. Não raro, os autores contemplam qualificativos outros, como *remise conditionnelle de la peine*, *condamnation rachetable*, *condamnation conditionnelle avec sursis*. Multiplicando-se, ultimamente, o tipo misto "sursis com regime de prova", passaram os franceses a chamá-lo de *sursis probatório*, reservando para o tipo puro a denominação de *sursis simples*.

Graças à força de expansão que o idioma francês ainda conserva, tornou-se vulgarizada a expressão *sursis à l'exécution de la peine*, ou, resumidamente, *sursis*. Qualquer estudioso do Direito Penal, a essa curta palavra, saberá do

DOCTRINA E LEGISLAÇÃO

Em sua evolução de perto de um século consolidou-se a *suspensão condicional da pena* através de dois tipos, cujas características são de fácil diferenciação. É que no chamado *sistema americano* ou *anglo-saxónico* evita-se a imposição da própria condenação, ao passo que no denominado *sistema europeu-continental* ou *franco-belga* decreta-se a sentença condenatória, sobrestando-se, porém, a execução da pena.

Desde que os dois tipos começaram, assim, a definir-se, não descansam os seus apologistas e os seus opositores, apontando-lhes as vantagens e os inconvenientes, versando a crítica ora sobre o instituto, na sua essência, ora sobre um ou outro dos mencionados modelos. Verdade é que a divergência perdeu o radicalismo dos primeiros tempos, quando instituições como o *sursis* e o livramento condicional, ainda mesmo a relegação, como faz notar MARC ANCEL (*Les Codes Penaux Européens — tomo I — Introduction Comparative*) eram vivamente discutidas, parecendo, até, difícil que vingassem. Não se dirá, portanto, que o *sursis* tenha tido caminho sem reservas da doutrina e sem cautelas das legislações.

O tipo *anglo-saxónico*, também designado por *probation system*, teve a sua primeira experiência em 1869, no Estado de Massachussets, restrita aos menores, sendo estendida, vinte anos depois, aos delinquentes adultos, a princípio na cidade de Boston, e sem demora em todo o Estado. Não tardou que em outras partes do território americano fosse também adotado o sistema, com as suas mesmas peculiaridades. Sua marca inconfundível está, sem dúvida, no trabalho que desempenham os *probations officers*, incumbidos, pela Justiça, da vigilância sobre os beneficiários da medida, mas uma vigilância que, na precisa observação de CRISÓLITO DE GUSMÃO (ob. cit.), foge a propósitos meramente policiais para se exercitar como "um ministério social de verdadeira função protetora e reeducadora", tanto que a lei inglesa de 1907, quando imprimiu ao instituto seus contornos definitivos, recomendava àqueles funcionários que cumprissem o seu mister, aconselhando e ajudando o acusado, fazendo-se, em suma, seu "amigo" (*advise, assist and be friend him*). Essa vigilância — benéfica, quando sem qualquer vestígio de policialismo — é o ponto alto da prática do instituto, como o entenderam, desde cedo, ingleses e americanos, enquanto que a sua inexistência no tipo *europeu-continental* acusa, neste, uma falha sensível, ainda que remediável.

Com efeito, o tipo *belga-francês*, ou *franco-belga*, assim alternativamente chamado — visto que pela lei de 31 de maio de 1888, na Bélgica, e pela lei de 26 de março de 1891, na França, é que o sistema foi introduzido no continente — oferece sobre o outro a vantagem de a condenação ser decretada, desde logo, firmando-se, pois, um juízo sobre provas recentes, por assim dizer vivas e frescas; mas a ausência de vigilância durante o período de prova faz que, sobrestada a execução da pena, e sem embargo das obrigações cominadas, fique o condenado inteiramente à mercê de sugestões perniciosas, que podem entrar a sua recuperação.

Não obstante a afirmativa de CONSTANCIO BERNALDO DE QUEIRÓS de que os dois tipos correspondem a “zonas geográficas distintas, cada qual com as características jurídicas que lhes imprima a sua diversa etnografia” (*Lecções de Derecho Penitenciario* — México — 1953), o ideal seria que de ambos fossem aproveitados os pontos positivos, para um terceiro tipo, de modo que à suspensão a execução da pena, inerente ao sistema europeu, respondesse, no prazo de prova, a vigilância tutelar, feita, obviamente, em termos inteligentes, como da substância do sistema americano. CHARLES GERMAIN, dando-nos notícia de que no simpósio europeu de estudos realizado em Londres, em 1952, foi votada a adoção em lei do “sistema da *probation* sob a forma de um tipo especial de *sursis*, possibilitando a *supervisão* do delinquente em liberdade, que é o traço essencial da *probation*”, comenta, a propósito, que pelos fins do século 19 acreditava-se na opção, futuramente, entre a *probation* e o *sursis*; hoje, entretanto, “assiste-se à identificação e à interpenetração das duas noções e admite-se facilmente a sua coexistência”. (*Le sursis et la Probation* — *Rev. de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé* — 1954).

A tese da “interpenetração”, que já em sua citada monografia o magistrado brasileiro CRISÓLITO DE GUSMÃO defendera, usando, por sinal, do mesmo termo, e argüindo que seria esta a forma apropriada do instituto, sem os defeitos atribuídos a cada um dos seus dois tipos clássicos, começa, em realidade, a seduzir os doutrinadores, impondo-se nas assentadas internacionais e na legislação penal. Não será exagero prever que ninguém aceitará, amanhã, a opção, nos limites rígidos em que dantes foi proposta, muito menos reconhecerá, no caso, a validade de critério geográfico, num mundo que perde, sensivelmente, a noção do regional para adquirir a do universal.

Dentre os hodiernos criminalistas pátrios, cabe nomeado, aqui, JOSÉ FREDERICO MARQUES (ob. cit.), de quem recolhemos a circunstanciada informação do que se passou, relativamente à idéia, noutra reunião internacional, a “mesa-redonda” patrocinada, em 1953, na Universidade de Paris, pela Seção de Direito Penal do Instituto de Direito Comparado. Sustentou, então, MARC ANCEL a conveniência de uma reforma, pela qual a disciplina do *sursis* se acrescentassem “medidas de vigilância e assistência educativa”. A seu conceito, o juiz penal, capacitando-se da responsabilidade do acusado, escolheria uma das três seguintes soluções: uma condenação definitiva, não condicional, portanto; uma condenação de execução condicional, com as regras do *sursis*; uma condenação com *sursis*, submetido, contudo, o paciente a medida de vigilância ou de assistência educativa. Fácil é perceber que a personalidade do delinquente e as circunstâncias de sua falta ditariam ao juiz o caminho.

Transmitindo-nos essa proposição, em que, nos dois itens derradeiros, o *sursis* e a *probation* admiravelmente se conjugam, pelo interesse, que lhes deve ser comum, da reintegração social do criminoso, acerta J. FREDÉRICO MARQUES (ob. cit.), em que “essa miscigenação do *sursis* com a *probation* constitui providência de grande alcance, que atende, de maneira bastante satisfatória, aos postulados de individualização da pena”. Exatamente. E não se perca de vista, tampouco, a sua sugestão de que, requerendo o sistema misto a atividade de pessoal especializado, cuja falta tornaria ineficaz a sua prática, poderíamos incorporar à legislação nacional uma reforma dessa natureza, contanto que entregando a vigilância ao serviço de assistência social, que se vem desenvolvendo, com êxito, em vários centros do País. Todavia, o anteprojeto de Código Penal Brasileiro mantém, nisso como em tudo, a estrutura atual do instituto.

Quanto ao âmbito legislativo mundial, é animadora a tendência renovadora. A Holanda e a Suécia, que, em 1901 e em 1906, respectivamente, haviam perfilhado o modelo puro europeu, aderiram, desde 1915 e 1918, ao sistema derivado. O Código Penal da Dinamarca (1930) dispõe (art. 56, § 1º, *in fine*) que, durante o período de prova, ou em parte deste, fique o condenado sob vigilância, consoante determinado na sentença, a menos que, por força das circunstâncias, tal providência seja considerada inútil. Também pela “vigilância”, exercitada por “pessoas ou instituições merecedoras de confiança” (art. 62, § 1º) optou o Código polonês de 1932, ao configurar o *sursis*. Ainda a Noruega, por lei de 1955, concilia o *sursis* e a *probation*, instituindo a vigilância por sociedade oficial de patronato ou a supervisão desta, se confiada a vigilância a pessoa designada pela Justiça (art. 52, nº 7, do Código). O Projeto SOLER para a Argentina inova sobre o Código, admitindo que o condenado seja colocado sob patronato, se considerado isso necessário (art. 48). Enfim, a Alemanha, que na época do sistema dito continental preferira método diferente, qual fora o da suspensão da execução da pena por decisão administrativa, mediante proposta do Judiciário, sobrevindo, ao término da prova, e na hipótese de boa conduta do beneficiário, a extinção da penalidade por ato governamental de *gracia*, inscreve-se, desde 1953, no número dos países que se inclinam pela fusão dos dois tipos tradicionais. Marcha, por conseguinte, o instituto para uma uniformidade que só lhe será benéfica, e que representaria, na opinião de ANÍBAL BRUNO (*Direito Penal* — tomo 3º — 1967) a “individualização ideal do tratamento do delinqüente”.

CRISÓLITO DE GUSMÃO (ob. cit.) deixou sobre a *suspensão condicional da pena* este pensamento, que nos permite avaliar-lhe, a um só tempo, a razão, o funcionamento e a finalidade: “o aproveitamento do *self-government* do indivíduo, estimulado pela ação defensiva da pena em seu poder *virtual* e em sua atuação *potencial*”.

A vida livre que se concede ao delinqüente, sob compromisso de boa conduta, com a observância dos deveres que lhe são impostos, representa, efetivamente, precioso estímulo para a sua emenda, por seu mesmo esforço. Não significa, contudo, que a função privativa do Estado, de reprimir, pela pena, a criminalidade, tenha sido menosprezada ou abandonada. Ao revés, sob aquela liberdade consentida persiste, por bem dizer, em toda a sua força virtual, o poder punitivo do Estado, susceptível de pronta atuação logo se ofereça o motivo. E o motivo, quem o dá, infelizmente, é o delinqüente, comprovando,

com a quebra da confiança que merecera, a sua incapacidade para vencer a prova a que o submeteram.

A *condenação condicional* encerra, por consequência, autêntico ensaio de constrangimento moral, e nisso se assemelha aos velhos usos da *admoestação*, quer os da jurisdição civil, quer os da eclesiástica. Serve de pena moral, para criminosos primários, culpados, outrossim, de falta leve. ERNST SEELIG empresta-lhe, rigorosamente, esse caráter, exemplificando que assim como o educador não castiga o seu aluno, pela primeira incorreção, preferindo usar do conselho ou da advertência, assim a sociedade, diante de um novo delinquente, que não apresenta, além disso, grau de periculosidade, presta-lhe o seu apoio moral, descortinando-lhe a perspectiva de não execução da pena em que incorreu. O fim dessa liberação sob condição só seria, no entanto, plenamente alcançado se o cuidado de evitar o contacto do infrator noviço com os criminosos experientes e endurecidos principiasse na fase da instrução criminal, de modo que — conclui o grande professor alemão — todo suspeito que fosse detido ficasse, para logo, *perfeitamente isolado* (*Traité de Criminologie* — trad. do alemão — Paris — 1956):

Encarecendo os efeitos do *sursis* sobre a personalidade moral do delinquente, ANDRÉ TOULEMON (*Le progrès des institutions penales* — Paris — 1928) antevê para a humanidade um momento em que a pena material terá desaparecido, sucedendo-lhe a medida de simples contenção moral. A *condenação condicional*, a seu juízo, é importante estágio nessa marcha de um Direito Penal orientado por inspirações espirituais, influndo diretamente sobre a consciência do culpado, e, portanto, verdadeiramente individualizado, o mais individualizado que se possa pretender. Não foi outro, logo depois da Lei BERENGER (1891), que instituiu na França o *sursis*, o prognóstico de dois ilustres comentadores, ambos magistrados, que a estudaram, em conjunto, nos seus antecedentes doutrinários, na sua tramitação pelas duas Casas do Legislativo, nas suas imediatas consequências práticas. Proclamando-a instrumento hábil na luta contra a reincidência, expressaram a esperança de que os seus benefícios se estendessem além das previsões da ocasião, a fim de que, algum dia, fortalecida a experiência da eficácia das penas morais, ocorresse, para grande número de infrações, substituir-se a pena corporal pela de suspensão ou perda de direitos e, até, pela de simples advertência formal, atingido, por conseguinte, na repressão dos crimes, com o ideal de justiça, o de humanidade (JULES NÈGRE e FERDINAND GARY — *La Loi Berenger et ses applications* — Paris — 1892).

Revelam esses três depoimentos, por isso mesmo que distanciados no tempo — 1892, 1928, 1956 — que a convicção de a suspensão condicional da pena servir ao desiderato de salvar o delinquente estreante dos inconvenientes da prisão, de mistura com indivíduos reincidentes e corruptores, andou sempre associada à idéia da possível eficiência de sanções morais, espertando o brio do condenado, de preferência ao aviltamento da privação de sua liberdade física. Daí poder o *sursis* que, de início, justificava-se como sucedâneo das penas curtas de prisão, porque mais sérios, nestas, os apontados malefícios, ampliar-se até alcançar penas de maior duração, contanto que primário o delinquente. Queixava-se, por sinal, o citado TOULEMON da parcimônia com que os juizes aplicam a medida, encarando-a como favor excepcional, e, pois, recusando-a a autor de delito de alguma gravidade. Outros, entretanto, manifestam o receio, talvez

infundado, de que a prodigalidade nas concessões venha a constituir fator de impunidade. Demonstrando tal prevenção, a Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro (1940) acentuou que, nele, o instituto fora configurado por forma a que não se transformasse em “garantia de impunibilidade para o primeiro delito”.

No mister de substituir, nas circunstâncias e para os fins mencionados, as penas de curta duração, privativas da liberdade, não se resume, todavia, o merecimento do instituto, eis que outros préstimos, embora secundários, lhe são igualmente creditados. Nesse número, contam-se, por exemplo, dois, o de descongestionamento das prisões e, conseqüentemente, o da poupança dos gastos do erário com a execução da pena celular. Oportuno é recordar que a preocupação com as despesas de manutenção das penitenciárias não esteve ausente das cogitações do governo brasileiro, quando instituiu o *sursis*.

Na “Exposição de Motivos” com que o Ministro da Justiça submeteu à aprovação da Presidência da República o texto do decreto, que seria o Decreto nº 16.588, ficou dito que, afora as vantagens pelo aspecto da *repressão*, minudenciadas antes, traria a inovação proveitos de natureza econômica em relação às prisões, onde — acentuava-se, não sem alguma simplicidade — os detidos eram “alimentados, tratados e vestidos à custa dos cofres públicos”. (D.O. de 9, setembro, 1924). O certo é que os freqüentes indultos gerais, a pretexto de datas e acontecimentos faustosos, subtraem aos cárceres algumas centenas de detentos, que são, reconhecidamente, sem maior perigo. Mas as vagas resultam, num instante preenchidas, porque, como lembrava PRINS (*Ciência Penal e Direito Positivo* — trad. portuguesa — 1915), uma multidão flutuante, fruto das penas breves, entra e sai, sem intermitência, dos presídios, estorvando a manutenção da ordem interna e sobrecarregando de tarefas prescindíveis os agentes da disciplina e os funcionários. Mais do que o indulto, quase sempre obra de arbítrio, e, portanto, instrumento de duvidosa individualização, concorre para a necessária desobstrução nas prisões a condenação condicional, que, sobre aquele, possui a vantagem de nem deixar que o condenado ingresse na penitenciária, para lhe alargar, inutilmente, o índice populacional e na companhia dos piores se contaminar.

Dos opositores do instituto, evidentemente em escala menor, alguns o acusam de enfraquecer a *repressão*, criando na sociedade a errônea impressão de que determinados delinqüentes, pouco importa que primários e não-temíveis, são favorecidos, por motivos de natureza pessoal, com a dispensa, embora condicional, da pena, enquanto outros, autores de crimes idênticos e cometidos aparentemente nas mesmas circunstâncias, são arrastados, pela Justiça, ao cárcere. O princípio da individualização penal não é, com efeito de fácil percepção pelo grande público, empiricamente afeiçoado ao pressuposto da igualdade perante a lei, que pode ser vulnerado, sem maior estranheza sua, a qualquer pretexto, menos a pretexto da pena, talvez porque intimamente se relacione, aqui, com a liberdade do indivíduo, de que as comunidades políticas são ciosas.

Outro argumento contrário, e durante muito tempo bastante difundido, é o de que a condenação condicional preocupa-se com o criminoso, deixando ao desamparo a sua vítima. A censura seria perfeitamente válida pelo prisma penal de vingança ou castigo, nunca depois que a pena perdeu esses atributos para constituir função social, tendente à recuperação do delinqüente, sem

prejuízo, é claro, da sua força intimidadora. CUELLO CALON, que registra o reparo e a contradita, lembra que GARÓFALO admitia a suspensão da pena condicionada ao consentimento da parte ofendida e que FERRI, por seu turno, entendia não dever decretar-se a providência antes que o beneficiário reparasse o dano ou apresentasse sérias garantias de o fazer (*Penologia* — Madri — 1920). As cautelas das legislações atuais nesse sentido atendem, satisfatoriamente, às naturais exigências em favor das vítimas do crime. Número não pequeno dos códigos excetua, expressamente, de objeto da suspensão a reparação do dano. Alguns, como o nosso, tornam automática a revogação da medida se, no prazo de prova, o beneficiário faltar, embora solvente, à reparação devida. Códigos há que enunciando, alguns de maneira obrigatória, as condições para a obtenção do *sursis*, não esquecem de contemplar, entre elas, a indenização. Que mais é preciso para conciliar, na suspensão da execução da pena, o interesse da sociedade e o do particular ofendido?

Entre outras restrições também relevantes cumpre considerarmos a de que o instituto confere demasiado arbítrio ao magistrado, transferindo, praticamente, para suas mãos, o destino, em boa parte, da repressão criminal. Mas esse pretendido arbítrio cinge-se, em verdade, a uma resolução de livre convencimento sobre pressupostos legais, os quais não permitem, nem de longe, o discricionarismo, este, sim, para reprovar. De resto, individualização penal sem arbítrio judicial não passa de um simulacro de individualização. São palavras de DONNEDIEU DE VABRES, no seu conhecido manual "A Justiça Penal de Hoje" (trad. de FERNANDO DE MIRANDA — Coimbra — 1962) que "a extensão dos poderes do juiz está ligada à tendência individualizadora, provocada por uma mais exata preocupação de justiça e pelo progresso do conhecimento científico, quanto aos fatores individuais e sociais do crime". É nesse conhecimento, indispensável à formação do moderno juiz criminal, que assenta a justiça penal de hoje, de que a suspensão condicional da pena é instrumento dos mais inteligentes e eficazes.

Ainda algumas críticas são particularmente dirigidas ora ao tipo americano ora ao tipo europeu-continental. Daquela, por exemplo, se diz que, afastando a decisão condenatória e aplicando, de imediato, o regime de prova, levará, acaso, a que fiquem suspeitados de culpa acusados cuja inocência a sentença possivelmente consagraria, o que é lançar sobre eles um labéu a que não fizeram jus. Quanto ao sistema europeu, não abrindo ele mão da sentença, com base na qual se processa, justamente, a suspensão da execução da pena, acontece que imprime o sinal de uma condenação no delinqüente a quem, por sua condição pessoal e por seus bons antecedentes, a justiça quisera, necessariamente, privilegiar. Sob qualquer dos aspectos, procede, em princípio, a advertência. E, para obviar os malsinados inconvenientes, não serviria isoladamente nem o sistema de *sursis* nem o de *probation*, dado que num persiste, sempre, o constrangimento da condenação, sem embargo de não se executar a pena, e noutro, ainda que também a pena não se execute, fica de pé uma suposição de culpabilidade, que somente a sentença, que não houve, e, comumente, não haverá, poderia desfazer. Eis que a faculdade reconhecida ao juiz para, eventualmente, dispensar a condenação e, por conseguinte, o cumprimento da penalidade, apresenta-se, agora, como solução, posto que não remova, de todo, as desvantagens apontadas. Aquelas três vias à escolha do juiz, consoante sugestão de MARC ANCEL, anteriormente referida, ajuntar-se-ia, então, outro

caminho, que não seria nem a condenação definitiva, nem a condenação condicional do tipo do *sursis*, nem a condenação condicional sob *probation*, mas, simplesmente, o *perdão judicial*. Impugnado por uns, louvado por outros, as legislações vêm dele fazendo prudente uso. Poderá ser, amanhã, quer substituindo, quer complementando a suspensão condicional, outro precioso meio de luta contra os perniciosos efeitos da pena detentiva breve.

Em suma, não se dirá tão generalizado, presentemente, o preconceito da condenação condicional. De par com as críticas que lhe têm sido ultimamente endereçadas, há como que um renascer de confiança nas breves penas de privação da liberdade, reafirmando-se que o remédio para os seus males ou as suas deficiências não está na pronta erradicação mas na sua aplicação inteligente, ou seja, racional. É certo que o prestígio da suspensão condicional decresce onde e quando as penas curtas conservam ou readquirem o seu antigo valimento.

Um dos códigos mais novos, o da Etiópia, que é de 1957, ainda consigna para a pena de prisão, incidindo sobre infrações de menor gravidade, cometidas por indivíduos de escassa periculosidade, os limites de dez dias, no mínimo, e de três anos, no máximo (art. 105). E para exemplificarmos com uma assentada internacional, a que concorreram criminalistas de nomeada, sul-americanos e europeus, basta o registro das "Jornadas de Direito Penal", efetuadas em Buenos Aires, em 1960. Entre os temas preestabelecidos estava o de "revisão de conceitos sobre penas curtas privativas de liberdade", assunto que não perde atualidade, e a cujo propósito desenrolou-se notável debate, através do qual a condenação condicional foi submetida ao crivo de rigoroso reexame. Se o relatório do penalista suíço JEAN GRAVEN louvou o instituto, realçando a sua expansão universal, dentre os mais praticados substantivos das pequenas penas, contundente crítica lhe foi feita por QUINTANO RIPOLLES, douto magistrado, para quem a condenação criminal, sem embargo das boas intenções iniciais de individualização penal, converteu-se numa "fórmula vazia de sentido", constituindo, mercê do seu automatismo, verdadeiro "jubileu criminal". (*Jornadas de Derecho Penal* — B. Aires^c — 1962).

Um alto propósito de restituir ao instituto, sob qualquer dos aspectos, o seu prestígio inicial, está corporificado, sem dúvida, na lei belga de 29 de junho de 1964, que nele operou sensível transformação, divorciando-o das origens européias, situadas, aliás, na própria Bélgica. Duas modalidades agora se oferecem à discrição do juiz, na conformidade das circunstâncias variadas que se apresentam e são a chamada *suspensão simples da condenação* e o *sursis simples à execução da pena*, aquela aproximando-se do sistema americano, embora sem o regime de vigilância, que é a ele inerente, e o *sursis*, guardando fidelidade às linhas clássicas do sistema europeu-continental, como a decretação da condenação e a suspensão da execução da pena independentemente da assistência fiscalizadora. Estabelecidas, que sejam, em cada caso, condições para observância obrigatória por parte do condenado, ganham em complexidade os dois tipos, passando a constituir o que se chama, respectivamente, de *suspensão probatória* e de *sursis probatório*. Consequentemente, são quatro as espécies de suspensão de pena hoje em prática na Bélgica. PAUL CORNIL (*Sursis et probation* — *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé* — 1965 — nº 1), de

quem é a circunstanciada notícia, ainda revela duas inovações da lei, entre tantas importantes, a de a medida aplicar-se a qualquer pena privativa da liberdade, contanto que não transponha o limite de três anos, e a de favorecer, outrossim, condenados que acaso possuam antecedentes judiciários. Esta é a mais solene comprovação de como a famosa instituição, reservada outrora, para penas de curta duração e para delinquentes primários, se transfigura sob a pressão de novas idéias, avançando para destinos insuspeitos.

A SUSPENSÃO DA PENA NO BRASIL

O instituto da suspensão condicional da pena foi adotado no Brasil pelo Decreto nº 16.588, de 6 de setembro de 1924, baixado pelo Poder Executivo em cumprimento da delegação que lhe fez o Congresso Nacional, através do Decreto-Lei nº 4.577, de 5 de setembro de 1922. Dois anos justos mediarão, como se vê, entre a autorização legislativa e o ato do Executivo. Tratava-se de amplíssimo consentimento ao governo para prover o aperfeiçoamento do sistema penitenciário, modificando-o no que fosse necessário, "de acordo com os ideais modernos", inclusive tornando efetivo o livramento condicional, que já aparecera no Código de 1890, e introduzindo a condenação condicional. Mal redigido, ou tumultuariamente redigido, contendo num só artigo as mais díspares indicações, tanto para normas gerais de execução de penas, como para a reformulação das disposições regulamentares das penitenciárias e casas de correção, o ato delegatório, ainda que mencionando, entre as matérias que seriam objeto da legislação delegada, a "suspensão da condenação", identificada, até, pelo acréscimo do título de *sursis*, suscitou, sem demora, viva controvérsia quanto à sua constitucionalidade. Distinguiu-se no Supremo Tribunal, vencido na tese da inconstitucionalidade, o Ministro PEDRO SANTOS, para quem, pela Constituição então vigente, não era lícito ao Parlamento fazer ao Executivo qualquer delegação legislativa, e ainda que o pudesse, nada, no ato dessa delegação, permitia que, em função dele, *criasse* o novo instituto.

A Exposição de Motivos do Ministério da Justiça, que acompanhou o decreto, e foi publicada logo após o seu contexto (*Diário Oficial* de 9 de setembro de 1924), endereçava ao nosso sistema penitenciário severa crítica, acusando-o de ser um "regímen sem método, sem unidade, sem orientação científica e sem estabelecimentos adequados", e encarecendo na condenação condicional um dos meios, a que outros se seguiriam, para cortar-se o mal do contágio na prisão, ainda maior entre nós precisamente pelas graves deficiências que eram apontadas.

A idéia da suspensão condicional da pena não era, aliás, nova no Brasil, porquanto já em 1906 o Professor ESMERALDINO BANDEIRA apresentara à Câmara dos Deputados (*Anais da Câmara* — julho 1906) projeto que repetia as cláusulas da Lei BERENGER, então em franco êxito na França, captando, ademais, a simpatia dos outros países do continente europeu. Essa proposição, todavia, não conseguiu andamento e somente quase vinte anos depois o instituto ingressava no sistema penal brasileiro.

Com o Código de 1940 adquire, então, o *status* definitivo, que o Anteprojeto NELSON HUNGRIA não pretende alterar.

REQUISITOS DA SUSPENSÃO DA PENA

A concessão da suspensão condicional da pena obedece a determinadas exigências, constantes, no Brasil, do artigo 57 do Código Penal. São os *requisitos* ou *pressupostos* da medida, denominações estas preferíveis à de *condição*, que se presta melhor para designar as obrigações que são impostas ao beneficiário, para cumprimento no período de prova. O próprio Código, aliás, consagra a diferença, usando para o referido artigo 57 a precisa rubrica de "requisitos da suspensão da pena" e para o artigo 58, que transfere para a sentença a enunciação das obrigações, a rubrica de "especificação das condições". Mas há, entre os autores, certa confusão terminológica, alguns empregando indistintamente as locuções, de fácil discri-me, aliás.

O primeiro requisito é o da pena, que deve ser, obrigatoriamente, *privativa da liberdade*. Como o Código conhece duas penalidades dessa natureza, a de reclusão, de execução algo mais rigorosa e a de detenção, aprouve ao legislador dissociar uma da outra, para o efeito da suspensão condicional. Assim, em se tratando de pena de reclusão, somente caberá a sua sobreposição quando o condenado for menor de vinte e um anos ou maior de setenta. É o que decorre da remissão que o citado artigo 57 faz ao § 3º do artigo 30, onde, explicitamente, quicá redundantemente, se declara que a pena de reclusão não admite suspensão condicional, salvo se o condenado é "menor de vinte e um anos ou maior de setenta". As duas disposições encerram, como se vê, norma perfeitamente idêntica. O Anteprojeto NELSON HUNGRIA corrige a anomalia, com o reservar o preceito versando a pena de reclusão para o capítulo em que se configura o instituto, posto mantenha, sem alteração dos termos, a variação que o Código defende.

Pena de reclusão nas circunstâncias assim estabelecidas, ou, em geral, pena de detenção, um requisito, entretanto, deve ocorrer, comum às duas, e é o de que nenhuma ultrapasse o limite de dois anos. Também igual para as duas, deferida a suspensão, é o período de prova — dois a seis anos. A mesma cláusula, sem distinção de penas, está consignada no anteprojeto.

Quanto ao delinqüente, é essencial, para receber o benefício, que seja *primário*, entendendo-se como tal aquele que não sofreu, no Brasil ou no estrangeiro, condenação por outro crime, ou condenação no Brasil, por motivo de contravenção (art. 57, I). Não basta, porém, a primariedade do agente: deve ela, para justificar a providência, associar-se à sua não-periculosidade, atestada por seus antecedentes, por sua personalidade, pelos motivos e as circunstâncias do seu crime, tudo autorizando a presunção de que não tornará a delinqüir (art. 57, II). *Primariedade* não significa, forçosamente, ausência de periculosidade. Bem o compreendeu o Código, encarecendo no beneficiário a coexistência dos dois estados, o de criminoso primário e o de criminoso não perigoso.

Tomamos a MAGALHÃES NORONHA (*Direito Penal* — 1º vol. — 1967) o aviso de que tais pressupostos se classificam como *objetivos*, os relacionados com a natureza e a quantidade da pena e *subjetivos*, os outros, aqueles que dizem respeito à primeira condenação e à periculosidade. Alguns autores emprestam ao pressuposto da condenação primária a categoria de objeto, restando, como *subjetivo*, o da periculosidade.

NATUREZA DA PENA — O primeiro requisito, na ordem da apresentação do Código, é o da natureza da pena. O diploma brasileiro divide as penas em *principais* e *acessórias*. Aquelas são as de *reclusão*, *detenção* e *multa*. As outras, a perda de função pública, eletiva ou de nomeação, as interdições de direito e a publicação da sentença.

A suspensão da execução da pena destina-se, como vimos, à detenção e à reclusão, contanto que por tempo não excedente de dois anos, sendo que a esta última em circunstância excepcional. Além disso, decreta o parágrafo único do artigo 57 que a suspensão não se estende à pena acessória nem à de multa, o que vale dizer que o legislador seguiu a corrente que atribui ao instituto a finalidade precípua de poupar ao delinqüente primário, e não temível que são os dois outros pressupostos legais para o deferimento do benefício, a influência nociva da prisão de curta duração. Por outro lado, a pena de prisão simples, que é a sanção específica para as contravenções penais, pode ser objeto de suspensão. É o que dispõe o artigo 11 da Lei das Contravenções, adotando os mesmos requisitos estabelecidos pelo Código, apenas reduzindo, logicamente, para um a três anos os limites do lapso de prova.

A exclusiva aplicação da suspensão às penalidades privativas de liberdade não conta com o inteiro apoio da doutrina nem com o beneplácito da generalidade dos códigos. Alega-se que não há motivo para essa limitação se o instituto, além do propósito de evitar que se ampliem desmesuradamente os males das curtas penas de prisão, visa, também, a estimular e promover a readaptação de delinqüentes sem grave culpa.

Os códigos português, italiano, suíço e argentino figuram entre os que permitem a suspensão da pena de multa. O anteprojeto argentino rejeita, improvavelmente, o critério extensivo, proclamando o seu autor a necessidade de consolidar-se a idéia de que a suspensão condicional da pena é, em grande parte, instrumento contra as pequenas penas privativas da liberdade, nada justificando que se alargue o campo da sua incidência, como se fora um meio de prevenção. Aliás, as reservas de SEBASTIAN SOLER atingem o próprio instituto, pelo menos na sua prática na Argentina, defeituosa, a seu juízo, porquanto beneficiando, habitualmente, toda sorte de infratores e, pois, caracterizando-se como "antecipada promessa de impunidade, assegurada em geral dentro de uma amplíssima zona de delinqüência" (*Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal* — nº 12).

Também infenso à extensão da suspensão à pena de multa é ANIBAL BRUNO (ob. cit.), argumentando que desapareceria, com isso, a razão de ser da medida: "poupar ao criminoso a ação desajustante e desmoralizadora da prisão". Contrariamente, MAGALHÃES NORONHA enaltecendo COSTA E SILVA, que, já no seu tempo fulminava de *antiquado* o critério da não-extensibilidade, propugna a condenação condicional para a pena de multa como para as penas acessórias, aplaudindo o Código suíço, que nesse sentido se orientou.

Restringido que seja às penas curtas de prisão, com endereço certo aos criminosos primários, o *sursis* corresponderá ao genuíno intuito da sua criação, que teria sido o de contribuir para a diminuição do índice da reincidência, impedindo que delinqüentes apenas iniciados no crime viessem a contrair o que JEAN GRAVEN chamou, ainda há pouco, com admirável propriedade, de "infecção penitenciária" (*L'évolution moderne de la peine privative de liberté*

— *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique* — vol. XXII — 1968). Mas não será despropósito registrar que, figurando no texto do Projeto BERENGER a exclusão do benefício para a pena de multa, os debates parlamentares conduziram a solução oposta na lei, pelo raciocínio de que o *sursis* representava, também, um apelo à consciência do delinqüente em face da sua primeira falta. Demonstra o ocorrido que mesmo na sua fonte em que se abeberaram as legislações européias do continente, não norteou o instituto pensamento restritivo.

Entre nós, a iniciativa legislativa de ESMERALDINO BANDEIRA, reproduzindo, letra a letra, como nobremente confessou, o exemplar francês, seguiu a mesma orientação, observada, por igual, no Decreto nº 16.588, se bem que aqui com a ressalva de se tratar de "multa conversível em prisão". Foi o Código que, em 1940, excetuou expressamente de suspensão a pena pecuniária.

Para a pena de *reclusão*, quando por tempo excedente de dois anos, somente cabe o *sursis*, se o condenado for menor de vinte e um anos ou maior de setenta. A regra é simples, mas tem despertado, na prática, muitas dúvidas, exatamente por omitir o momento em que se terá por verificada a idade, para o gozo do benefício. Por outros termos: quis o legislador definir a idade na ocasião do crime ou na data em que a condenação é proferida, com a conseqüente suspensão? Entendem os partidários da última solução que, sendo o *sursis* um incidente na execução da pena, tem relevo especial a circunstância de o Código se referir a *condenado* e não a réu ou acusado, não sendo, ainda, para desprezar que o verbo figura, no texto, no tempo presente. Valem-se dos mesmos pressupostos os de opinião contrária, mudando, apenas, o destino da argumentação: por isso mesmo que o *sursis* é incidente da execução, aquele vocábulo nada de particular oferece ao exegeta, nada exprimindo por outro lado, o verbo no presente, visto que este é o tempo preferido para os verbos no Código.

BASILEU GARCIA (ob. cit.) assim expõe a controvérsia, proclamando que o critério estável, com efeito, é o da idade na data do fato, visto que, prevalecendo o da idade no momento da sentença, teria o réu, se menor de vinte e um anos, interesse em apressá-la e se na proximidade dos setenta, interesse em retardá-la, causando, por qualquer forma, embaraço à ação da justiça. Lembra, então, que se adote, para cada caso, a decisão que mais favoreça, ou seja a concessão da suspensão sempre que o acusado contar menos de vinte e um anos na data do fato ou mais de setenta na data da condenação. Aceitando a alternativa, J. FREDERICO MARQUES (ob. cit.) sustenta que, por esse modo, atende-se não só à personalidade do agente como à prevenção dos inconvenientes do encarceramento, com predominância do fator individual, em se tratando de réu adolescente, e do outro critério, na hipótese da idade propecta. Esse juízo é o que mais se ajusta à finalidade do instituto; é indeclinável, contudo, a impressão de que o legislador, utilizando o termo *condenado*, que tem significado inequívoco, justo por se caracterizar, na espécie, um episódio da execução da pena, buscou fixar, para qualquer das duas hipóteses, a idade contemporânea da sentença. No mesmo conseqüente, manifestou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo (*Rev. Forense* — vol. 199).

“O Anteprojeto NELSON HUNGRIA não afastou a incerteza, visto que manteve a mesma fórmula do Código. Noticia-se, contudo (*Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal* — nº 11 — 1965), que indo o problema à 3.^a Conferência Nacional de Desembargadores, que se reuniu no Rio de Janeiro, esta, sem embargo da divergência manifestada no plenário em torno do critério a adotar-se para a fixação da idade — o momento do crime ou o momento da condenação ou o momento da execução —, aplaudiu o Anteprojeto, conforme a redação que a Comissão incumbida do seu exame convencionou para o artigo em causa, ou seja: “A execução da pena de detenção não superior a dois anos, ou, se o réu, *ao tempo da condenação*, era menor de 21 anos e maior de 70” etc. O texto agora proposto elimina, com efeito, quaisquer dúvidas.”

Finalmente, nenhum problema de vulto suscita a aplicação do preceito legal que veda a suspensão condicional nas penas acessórias. A Lei BERENGER firmou o princípio, que a generalidade dos códigos, inclusive o nosso, perfilha. O Código peruano de 1924 atribuiu ao juiz a possibilidade de, decretando a suspensão da execução da pena principal, estendê-la às penas acessórias e às incapacidades na mesma sentença declaradas. Facultativa, ou não, a extensão, parece irresponsável o argumento com que o douto Desembargador SÁ PEREIRA justificou haver consagrado no seu Projeto de Código Penal (1930) positivamente a exclusão:

“Houve quem, querendo dar ao brocardo de Direito Civil — o acessório segue o principal — extensão inadequada, estranhasse essa disposição. Não estranharia, se refletisse um pouco, porque então veria que a pena subsiste, e que, apenas, *sub conditione*, se lhe susta a execução ou se interrompe a mesma. Seria desmoralizador que, antes do implemento da condição, se restituísse ao exercício de funções cívicas ou ao de certas funções delicadas na família aquele que das mesmas decaiu pela sentença que continua de pé.”

DURAÇÃO DA PENA — Em seu conceito clássico, a *suspensão condicional da pena* é remédio específico para os malefícios das penas detentivas de curta duração. A dificuldade está, precisamente, em saber o que seja uma pena dessa natureza.

Variam os códigos no tocante, raramente ultrapassando de dois anos o limite para a concessão do benefício. É o termo preferido, como vimos pelo Código brasileiro vigente (art. 57, *caput*), quer seja de detenção, quer de reclusão a pena. O Decreto nº 16.588 fixara, no entanto, o extremo de um ano, como também o Projeto SÁ PEREIRA e o Projeto ALCANTARA MACHADO (1938), sendo que este último aumentando para dois anos, se menor de vinte e um anos ou maior de setenta o condenado (art. 70, inciso I, § 1º). Uma singularidade apresentara o projeto legislativo de 1935, qual a de, mantendo aquele diminuto lapso, dispensá-lo, todavia, para os delinquentes *passionais* contra a vida e a integridade corpórea, desde que verificadas determinadas circunstâncias, inclusive a de crime cometido sob o domínio de paixão escusável, (art. 120). Arrojado para a época fora o Projeto de Lei ESMERALDINO BANDEIRA (1906), optando pelo máximo de cinco anos o mesmo limite que, hoje, a Hun-

gria, por lei de 1950, adota. Os códigos modernos da Bulgária (1951) e da Etiópia (1957) avançaram até três anos. Outros permaneceram no limite de dois anos ou de um ano, e códigos há para os quais a pena suscetível de suspensão não passa de alguns meses, nove meses, por exemplo, no da Alemanha (texto de 1953). Nem tanto, nem tão pouco, muito embora alguns inconvenientes da pena privativa da liberdade derivem, fatalmente, da sua natureza, não da sua maior ou menor duração. O Anteprojeto NELSON HUNGRIA escolheu critério razoável, firmando-se em dois anos (art. 67).

CRIMINOSO PRIMARIO E AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE — Os demais requisitos, consoante os incisos I e II do artigo 57 do Código Penal, são, respectivamente, a qualidade de criminoso primário no agente e a sua não-periculosidade, apurada esta por via de análise, que deve ser cuidadosa, dos seus antecedentes, da sua personalidade, dos motivos e das circunstâncias do seu crime, tudo convergindo por forma a presumir-se que não tornará a delinquir.

A *primariedade* é atestada pela inexistência de condenação, no Brasil, ou no estrangeiro, por outro crime, ou de condenação, no Brasil, por motivo de contravenção (inc. I). É requisito, como se vê, rigorosamente técnico, em que não entra elemento de ordem subjetiva. Daí alguns autores o filiarem ao grupo dos requisitos havidos como objetivos. Não é assim com referência à verificação da periculosidade, dependente de múltiplos fatores em cuja apreciação é inevitável ao juiz ou ao tribunal conduzir-se por pontos de vista subjetivos, para uma conclusão exata.

Do claramente disposto nesse inciso I deduz-se que a condenação impeditiva do benefício pode ser por crime de qualquer natureza, e por crime doloso ou culposo, pouco importando, ademais, a data em que foi proferida. Basta que seja anterior ao momento de concessão do *sursis*, para bem caracterizar-se a condição de criminoso não primário do beneficiando, e, portanto, não lhe poder ser deferida a suspensão da nova pena. O Código suíço, todavia, limita o efeito proibitivo da sentença, nacional ou estrangeira, a cinco anos antes da prática do delito para cuja pena cabe o *sursis*. Condenação mais remota já não opera contra a outorga.

Países há, como se sabe, em que, ao contrário do nosso, a infração penal compreende três tipos: o crime, o delito (palavras sinônimas entre nós) e a contravenção. Pelo texto do inciso I sob exame, a condenação decretada no estrangeiro, quer por crime, quer por delito, repercute aqui, para o mesmo efeito de tolher o *sursis*. Nem poderia ser de outro modo. Quanto à contravenção, entretanto, vale somente a condenação no Brasil, não a proferida no estrangeiro.

Mas na hipótese de condenação anterior a uma pena meramente pecuniária orienta-se a nossa alta jurisprudência, através de numerosas, algumas bem recentes, decisões do Supremo Tribunal Federal, no sentido de lhe ser recusada eficácia contra a suspensão em via de ser concedida. O argumento é que o artigo 59 do Código, enunciando as causas de revogação automática do *sursis*, contempla a condenação irrecorrível a pena privativa da liberdade (inc. I) excetuando, pois, terminantemente a pena de multa. Não seria então, razoável que uma pena dessa natureza servisse de óbice à suspensão, quando, a ela

sobrevindo, nada influiria para anulá-la (Rev. Trimestral de Jurisprudência — 34/20 e 21; 35/484; 41/84; 42/526; 43/387; 44/524. Ainda, Diário da Justiça, de 15 de junho de 67, pág. 1.829). A “ementa” cujo texto melhor consubstancia esse pensamento é a que encima a decisão da 3ª Turma do STF, deferindo, em junho de 67, pedido de *habeas corpus*, a saber: “Pena pecuniária anterior não impede a concessão da medida de suspensão da execução decretada em processo posterior” (Rev. cit. — 34/20).

Se tais julgados são invariáveis na instância suprema, não ocorre o mesmo nos tribunais inferiores. Nestes, a razão de discordância avulta em decisão do Tribunal de Alçada de São Paulo (4.ª Câmara Criminal), assentando que o artigo 59, I, do Código, firmando uma das circunstâncias que provocam a invalidação do *sursis*, persegue outra finalidade, não sendo verdadeira a recíproca. Acresce que a suspensão da execução penal é benefício a delinquentes primários, não a delinquentes já condenados, tanto que o artigo 57, I, ao decretar a existência de condenação como impediente da suspensão, não distinguiu entre pena detentiva e pena pecuniária. (Rev. Trimestral de Jurisprudência, vol. 44/524).

Ainda o inciso I do art. 57 do Código, referindo-se, simplesmente, a condenação por outro crime, criou no espírito do aplicador da lei a dúvida sobre o cunho de irrecorribilidade dessa condenação. Tanto mais se justificava a hesitação quanto logo a seguir o artigo 59 indica entre os motivos para a revogação do *sursis* a condenação irrecorível. A matéria mereceu de BASILEU GARCIA longa explanação, concluindo pela uniformidade de critério nas duas conjunturas, a de não-concessão do *sursis* e a da sua revogação compulsória, quando intervenha como causa vedativa num caso, causa determinante no outro, a sentença condenatória. A solução apóia-se no pronunciamento da 1.ª Conferência de Desembargadores (1943), onde, por sinal, foi advogada por NELSON HUNGRIA, com a propícia autoridade de autor do Projeto do Código. Lembra, igualmente, BASILEU que na Exposição de Motivos desse Projeto ficou assinalada, entre os pressupostos do benefício, a qualidade de não-reincidente, sendo incontestável que o estado de reincidência somente se positiva depois de condenação irrecorível. MAGALHÃES NORONHA opina também em favor do paralelismo entre a concessão e a revogação, argumentando que se o benefício se anula exclusivamente por condenação irrecorível, somente condenação dessa natureza pode ser obstáculo ao deferimento.

Há, no entanto, os que entendem que, sendo a concessão uma faculdade do juiz, desde que preenchidos os requisitos, lícito lhe será abster-se em relação a condenado que ainda não teve confirmada a sua sentença. A decisão seria perfeita nos fundamentos se encarada do ponto de vista da periculosidade, cuja ausência é o outro pressuposto legal para a outorga do *sursis*. Assim, não fará jus ao benefício o pretendente que ostentar a credencial de delincente primário, desacompanhada, contudo, de testemunhos inequívocos da sua não-periculosidade. Julgado paulista (Rev. Forense — vol. 149) acentuou, com acerto, que não será para conceder-se o *sursis* a quem, embora, *sensu legis*, primário, já foi processado criminalmente mais de uma vez.

Outra questão relacionada com o impedimento ao *sursis* por condenação preexistente é medir a repercussão, no particular, de algumas causas extintivas

da punibilidade, tais a prescrição, o indulto e a anistia. Resolve-se a dúvida, no tocante à graça e ao indulto, pela exclusão do título de *primário* no agente do segundo crime, certo que nenhuma dessas formas de indulgência elimina os efeitos da condenação, sendo seu objetivo, tão só, cancelar a pena. O entendimento prevalece mesmo na hipótese de indulto que preceda a condenação, como, não poucas vezes, acontece. Quanto à prescrição, distingue JOSÉ LUIZ SALES (*Da Suspensão Condicional da Pena* — 1945) entre a que se consuma após a sentença e a que se opera no decurso da ação criminal, somente a esta atribuindo, como é óbvio, uma vez que não ocorreu condenação, o resultado de conservar no agente a condição de *primário*.

De referência à anistia, já a diferenciação de modo algum prevalece, sabido que ela apaga o crime, se anterior à condenação, e a própria condenação, se posterior, não deixando memória, nem do fato nem da pena. Ensina o citado autor que a anistia pode surgir “não só antes como também depois da condenação. Na primeira hipótese tem a força capaz para suprimir todo o processo, o qual, dali por diante, nada mais representa. Na última, apaga inteiramente os efeitos e a própria condenação, de modo que retorna o cidadão à sua posição anterior, sem que se possa legalmente argüir contra ele, sob qualquer aspecto, o fato objeto da punição”. Discorda, porém, HUGO AULER (*Suspensão condicional da execução da pena* — 1957) admitindo consecutórios diversos, consoante a época do ato anistiador.

De tudo exposto, vê-se que o requisito da condenação primária (inc. I) e o da ausência de periculosidade (inc. II) não se repelem, antes concorrem como suporte ao *sursis*. A falta de condenação irrecorrível anterior é, pois, relevante, porém não suficiente, para a decretação da medida. Há que associar a ela a condição de não-periculosidade para cujo seguro conhecimento o próprio Código oferece ao juiz os dados, e são os antecedentes do sentenciado, a sua personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime. Diz ROBERTO LIRA (ob. cit.) que aqui se encontra a fórmula negativa da periculosidade — tudo, bem examinado, e em conjunto, conduzindo o julgador à convicção de não-reiteração no crime, ao passo que no artigo 77 está a fórmula positiva — os mesmos elementos, por igual examinados, autorizando a suposição de o indivíduo vir ou tornar a delinquir. E como não é possível, a seu justo conceito, reconhecer e negar, ao mesmo tempo, a periculosidade, aqueles que a lei presume perigosos, enquadrados em algum dos itens do artigo 78 do Código, e aqueles outros aos quais também se aplique medida de segurança, na forma do artigo 76, inciso II, estão excluídos do gozo da suspensão condicional da pena. Decisões judiciais corroboram o entendimento doutrinário. Seria, na verdade, um contra-senso deferir-se a um indivíduo o *sursis*, por isso que não-perigoso, e sujeitá-lo, por outro lado, a medida de segurança, que se destina precisamente aos indivíduos perigosos, por definição legal ou por convencimento íntimo do julgador. Os dois institutos, o da suspensão condicional, tendo por pressuposto a não-periculosidade, e o da medida de segurança, condicionado estritamente à perigosidade, atendem a situações antitéticas, adverte BASILEU GARCIA.

Interessante elemento histórico cabe aqui, muito a propósito, rememorado: a Conferência Penal e Penitenciária Brasileira que se reuniu no Rio de Janeiro para debater e preparar a contribuição do Brasil às teses que iam ser versadas no 10º Congresso Penal e Penitenciário, efetuado em 1930, em Praga, conheceu

de indicação admitindo que a suspensão condicional da pena não se concilia com a natureza e a finalidade das medidas de segurança, mas, em se tratando de indivíduos imputáveis, serviriam elas para completar a pena, podendo operar-se uma aplicação restrita do *sursis*, "a título de ensaio". Praga aprovou resolução de que, "salvo em casos excepcionais, a execução das medidas de segurança não pode ser suspensa. E se o for, convém fazer intervir o patronato". (Ver os pormenores da matéria em CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA — *Congresso Penal e Penitenciário Internacional* (de Praga) — Rio, 1933).

Em suma, para concluir pela periculosidade, ou não, do delinqüente, por forma a lhe denegar ou conceder a suspensão da pena, cumpre ao juiz analisar-lhe os *antecedentes*, não somente os judiciários mas os de toda sorte, quer os familiares como os sociais, tudo, enfim, que à luz de exame percuciente e isento possa traduzir a realidade, para uma imagem fiel da sua vida progressa. Tem razão MAGALHÃES NORONHA (ob. cit.), ao condenar o procedimento apressado de alguns juizes, que, satisfeitos com o preenchimento do requisito objetivo de condenação primária, abandonam o resto, concedendo, a bem dizer automaticamente, o benefício, com o que descumprem o dever do "estudo psicológico do réu, através do processo", inclusivamente por meio de documentos que refletem a sua conduta social. Sem isso, "muito mal se poderá dizer do seu convencimento de que ele não tornará a delinqüir".

Juntamente com a inquirição sobre a atividade precedente do beneficiando, faz-se a observação introspectiva da sua *personalidade*. *Antecedentes e personalidade* são, pelo texto do inciso II do artigo 57 do Código, dois dos quatro componentes da fórmula de perigosidade criminal. Os demais são os *motivos* que ditaram as *circunstâncias* que envolveram a prática do crime, nem sempre alheios, aliás, à equação pessoal do criminoso, como fruto, não surpreendente mas previsível, do seu temperamento. Pequenos fatos cotidianos, leves deslises de comportamento, aparentemente sem maior importância, nada deve escapar nessa rigorosa pesquisa, que busca o conhecimento do indivíduo através do confronto das suas qualidades e dos seus defeitos e da vida que essas qualidades e esses defeitos lhe criam.

O juiz não deverá esquecer, ademais, o sentido da precariedade da condição humana, de modo que esperar pelo homem só de virtudes feito será reduzir ao mínimo a prática do instituto, como, por seu turno, a tendência a excessiva benevolência acabará transformando a medida num mero recurso de indulgência, incompatível com o papel, que lhe é atribuído, de sábio instrumento de política criminal.

O delinqüente, destarte, é uma incógnita, exposta à decifração da Justiça. E àqueles aos quais é cometido o encargo, impossível será recusarmos, pelo visto, o uso de arbítrio, contido, é claro, dentro dos limites de prudente aviso. Vários pronunciamentos de juizes ou de tribunais o atestam, comprovando que é esse, no nosso sistema punitivo, um dos pontos em que mais se oferece ensanchas ao alvedrio judicial, obedecendo, nisso, aos postulados do Direito Penal hodierno. Porque, em última análise, é do magistrado, seguindo, embora, os rumos que a lei penal lhe descortina, que pende a palavra definidora da periculosidade, indicativa, consequentemente, da conveniência ou inconveniência da suspensão de pena, na espécie *sub judice*.

No particular, alguns códigos diferem do nosso, pormenorizando elementos de convicção, sobre o que o nosso silencia. Distinguem-se, por maior especificação, os diplomas italiano e dinamarquês, ambos de 1930. Aquele estipulava que *somente caberia a suspensão se o juiz, atendendo às circunstâncias discriminadas no artigo 133, se convencesse de que o acusado deixaria de cometer novos delitos*. E a disposição invocada era a que conferia ao julgador arbítrio para, aplicando a pena, avaliar da gravidade da infração, em decorrência da natureza, espécie, meios, objeto, tempo, lugar e qualquer outra modalidade da ação; da importância do dano ou do perigo à vítima da infração; da intensidade do dolo e grau de culpa. Afora isso, o magistrado, para aquilatar da capacidade criminal do acusado, levaria em apreço o seu caráter, os motivos do seu delito, os seus antecedentes penais e judiciários, e, em geral, a sua vida pregressa, bem como a sua conduta precedente, contemporânea do crime, e subsequente, finalmente as suas condições de vida individual, familiar e social. Também circunstancialmente dispunha o Código dinamarquês, encarecendo, sobretudo, a iniciativa de completa investigação sobre “as condições anteriores de vida e as presentes do acusado, do ponto de vista da sua família, da sua instrução e do seu trabalho”, três pontos na verdade capitais para a estimativa da sua perigosidade.

Outros códigos, mais sóbrios de texto, não deixam, contudo, de frisar determinadas características pessoais ou circunstâncias do fato, como se a elas emprestassem maior valor sintomático. É assim que o Código da Grécia, dentre as referências ordinárias aos móveis do crime, à conduta do réu, à sua personalidade, realça, como elementos positivos, o arrependimento que haja ele manifestado e o empenho em ressarcir as conseqüências do seu ato. Também de data igual ao Código grego (1950), o da Hungria impõe ao juiz, como se fora uma síntese de tudo quanto a sua consciência devera considerar para um pronunciamento isento, a regra de que o *sursis* não será conferido senão quando o mereça o condenado. Para o Código alemão, porém, qualquer verificação da inexistência de periculosidade não opera por si só, porquanto a concessão do benefício se subordina, sempre, ao “interesse público”, que pode ditar, ao contrário, a execução da pena. Na mesma linha, o legislador norueguês condicionou a decretação da medida, sem embargo de quantas informações favoráveis possam confluir, à certeza de que, à luz da prevenção geral, é indispensável o cumprimento da penalidade. Fórmula extremamente singela é a do Código soviético (1958): “circunstâncias do crime e personalidade do delinqüente”. Diz tudo na sua simpleza.

Quanto à evolução do instituto no Brasil, no que concerne aos pressupostos concessórios, cumpre destacar o decreto inaugural, requerendo no acusado, antes de vistos os motivos e as circunstâncias do fato e as condições individuais, a prova de não possuir “caráter perverso ou corrompido” e o Projeto SÁ PEREIRA que, juntamente com outros dados, inclusive o de ausência de “temibilidade” (palavra muito em voga na época), ressaltava a circunstância de não terem sido “vis” os móveis da infração, como se prevalecesse este sobre quaisquer outros elementos, ainda que expressos.

Imbuíram-se, decerto, ambas as proposições, da lembrança do que viera consignado no Projeto de Lei ESMERALDINO BANDEIRA, neste ponto inovando sobre o seu modelo, a Lei BERENGER, ou fosse, que nenhuma sus-

pensão de pena teria lugar quando as circunstâncias materiais ou os motivos morais do delito revelassem "perversidade ou corrupção de caráter por parte do delinqüente", o que, de resto, é um admirável preceito para a época.

Tal variação nos textos legais não passa, entretanto, de diferenciações secundárias, que não afetam o instituto na sua essência — servir a delinqüentes primários, não perigosos, abrindo-lhes o ensejo de, em liberdade, posto que sob cuidados ou vigilância, construir, de novo, a sua vida honesta. Note-se que a fórmula ampla, conquanto concisa, do Código brasileiro, atende, melhor do que os exemplos miúdos arrolados, a esse desiderato, justo porque consente ao julgador maior arbítrio de que muitos, por sinal, se têm revelado capacitados.

E exatamente à luz do relevo que o critério da perigosidade adquire entre os elementos que conduzem ao deferimento do *sursis*, é que melhor se concluirá sobre a posição deste no quadro das instituições penais — se direito do condenado, se faculdade do juiz, se, tipicamente, uma outorga de graça. São estas, em síntese, as três teses postas em conflito pela doutrina.

Muitos autores proclamam, sem hesitação, tratar-se de verdadeiro direito do condenado, de que não poderia ser despojado, a nenhum pretexto, uma vez satisfeitos os requisitos da lei. Figura nesse número, entre nós, J. FREDERICO MARQUES (ob. cit.), para quem o campo do *status libertatis* se alarga com o *sursis*, que é direito público subjetivo de liberdade cujo reconhecimento o réu, se ajustado às cláusulas da lei, pode, francamente, pleitear, não sendo lícita ao juiz a negativa. Admite SALGADO MARTINS (*Sistema de Direito Penal Brasileiro — 1957*) que constitui o *sursis* um direito do condenado, de modo que se torne legítima a pretensão em juízo; mas a última palavra pertence ao juiz, o qual, pelo sistema do Código, tem o arbítrio (o grifo é do autor) de concedê-lo ou negá-lo, dando os motivos da sua decisão. Não existirá, assim, a irrecusabilidade da concessão, mesmo atendidos plenamente os pressupostos legais. Há, outrossim, penalistas que consideram despropositado falar-se de um "direito" engendrado pelo crime e de que o delinqüente faria uso contra a sociedade. Afirma ROBERTO LIRA (ob. cit.) que com a vigência do Código cessaram, quanto a nós, as dúvidas sobre o caráter facultativo da medida.

Benefício não deixa de ser o *sursis*, porquanto favorece determinados condenados, em atenção, precisamente a particulares atributos seus, que os diferenciam de outros sentenciados, culpados, muitas vezes, dos mesmos crimes. Mas esse benefício está longe de ser uma graça ou mercê, porque não se exercita para extinguir, de plano, a punibilidade, como uma dádiva de misericórdia, antes para experimentar, em severo regime de liberdade restrita, a capacidade de ressocialização do delinqüente. Instrumento de política criminal, apoiado no postulado da individualização penal, não há exagero em dizer-se que atua tanto no interesse do condenado como no da sociedade, ainda mais, possivelmente, no interesse da sociedade, sempre preocupada com o fenômeno da reincidência. É sintomático que o Código Penal soviético (art. 38) confira às organizações sociais, dos operários, dos camponeses (Kolkhoseanos), dos funcionários, com sede no domicílio do réu, a iniciativa de postularem a suspensão da pena, e fique a elas confiado o encargo das medidas de recuperação indicadas para cada acusado, bem como o da instituição do correspondente sistema de trabalhos correcionais, que é, no elenco das penas chamadas básicas,

e de incidência nacional, aquela que se executa através de trabalho obrigatório remunerado sem a perda da liberdade.

Uma terceira corrente caracteriza o *sursis* como ato jurisdicional, praticado com apoio em pressupostos legais, um dos quais, entretanto, o da periculosidade, é livremente considerado pelo juiz, que nele haure, sem qualquer submissão senão à sua consciência, as forças para o espontâneo deferimento ou indeferimento. Atribui-se a FLORIAN o pensamento de que a suspensão da execução da pena não representa para o juiz uma obrigação jurídica, mas uma faculdade discricionária, no exercício do seu poder jurisdicional. O que não quer dizer que aquele que se sentir prejudicado por decisão negatória não concretize, levando-a até à instância superior, a sua reclamação, tendente a invalidar um ato que tenha sido de puro arbítrio. E assim é, de fato.

OUTROS ASPECTOS

Além da determinação dos pressupostos legais da condenação condicional, várias questões, de não menor relevância, prendem a atenção dos exegetas e dos aplicadores da lei penal, e são, dentre outras, a da natureza da infração, a do "período de prova", a das condições para observância durante o seu curso, e, por fim, a da revogação do benefício.

NATUREZA DA INFRAÇÃO — Em tese, a suspensão condicional da pena abrange todos os crimes, sem qualquer reserva. O que importa, de fato, para a concessão do benefício, não é a natureza da infração mas o tipo da pena imposta e o seu quantitativo. Como o estruturou o nosso Código, são esses os seus principais pressupostos objetivos. Nem sempre, porém, a doutrina destarte se pronuncia, e se a generalidade dos códigos assim preceitua, as leis especiais, aqui e no estrangeiro, vão abrindo exceções ao princípio, excluindo espécies criminais, com fundamento em razões de Estado ou em outras razões de interesse público ou ocasional.

No Brasil, a primeira discordância em torno da extensão da medida pro veio do silêncio do decreto de sua criação relativamente aos delitos de natureza militar. CRISÓLITO DE GUSMÃO e FIRMINO WHITAKER, os primeiros intérpretes do Decreto nº 18.588, opinaram, *de jure constituendo*, pela inclusão, restringindo WHITAKER a incidência aos crimes impropriamente militares. A alegação para a exclusão residia, como reside, na circunstância de a providência justificar-se pela inevitabilidade do contágio pernicioso das prisões sobre delinquentes primários, não sendo lícito afirmar que possam oferecer esse risco penas cumpridas em estabelecimentos militares, onde, de resto, os detentos exerciam, até à véspera, a sua atividade profissional. Mas objetava o mesmo WHITAKER que o *sursis* visa, também, à regeneração do réu, ao seu não-aviltamento, e, a essa luz, não há desigualar autores de crimes comuns e autores de crimes militares.

O tema continuou preocupando, mesmo depois de vigente o Código Penal comum de 1940, cujo artigo 360 ressalvou para legislação própria as infrações militares. Pouco depois, o Código Penal castrense (Decreto-Lei nº 6.227, de 24 de janeiro de 1944) omitiu qualquer norma sobre a matéria, o que foi uma forma de retirá-la da sua disciplina. Agora, porém, o projeto de sua reforma (ed. 1963) elaborado pelo antigo parlamentar e Procurador junto ao Superior

Tribunal Militar, Professor IVO D'AQUINO, dá corajoso passo, admitindo o instituto para a generalidade das infrações, salvo todas aquelas cometidas em tempo de guerra e algumas outras que, cometidas em tempo de paz, infringem, diretamente, deveres inerentes à carreira militar, quer do ponto de vista disciplinar, quer do ponto de vista do comportamento moral (art. 77). Colhemos, oportunamente, em JOSÉ LUIZ SALES o registro de acórdão do Tribunal mineiro, na vigência da lei anterior, em que o relator afirmou que "a lei do *sursis* não quebra o direito de disciplina; ao contrário, nos casos em que deve ser aplicada, apela para o brio, a dignidade e compostura moral do delinqüente accidental". Não há, com efeito, melhor fundamento para a extensão do *sursis* ao crimes militares.

Impressiona-se o juiz, às vezes, com a natureza da infração, predispondo-se, por isso, a repelir o *sursis*. Os delitos sexuais, inclusive o de sedução, são os que mais sensibilizam nesse sentido. Vale referida, neste passo, interessante decisão prolatada, em 1952, por uma das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo, desconhecendo fundamentação legal e jurídica ao indeferimento do *sursis* num caso de sedução. Amparara-se o juiz da instância inferior a que, em princípio, não se concilia a medida com os delitos sexuais, uma vez que "o agente, devido a uma falha psíquica ou biológica, tende a repetir o ato reprimido pela lei e pela moral". Na hipótese, avultava a seus olhos a circunstância de o réu negar a sedução, fugindo, por isso, à reparação pelo casamento, além de procurar "denegrir a reputação" da ofendida, o que revelava, a juízo da sentença, "mau traço de caráter". Vinha, finalmente, como razão a reforçar as outras, a divulgada tese de NELSON HUNGRIA de que se a recusa da reparação do dano é causa de revogação do *sursis*, muito mais o será para a não-concessão do benefício. O entendimento adverso do tribunal expressou-se neste claro ordenamento, que constituiu a "ementa" do acórdão: "o Código vigente, ao contrário do que expressamente fazia a legislação anterior, faz completa abstração da natureza do crime e da possibilidade, ou não, de reparação do dano para a concessão do *sursis*". (*Rev. Forense*, vol. 151). Verifica-se, pelos elementos assim resumidos, que se equivocara o juiz, decretando a incompatibilidade que não existe na lei, entre o delito sexual e a suspensão da pena; quando muito, aquelas circunstâncias motivariam uma convicção íntima de periculosidade do agente, e nesse pressuposto de ordem subjetiva seria assentada a rejeição. Ainda assim, se a simples recusa do casamento pudesse significar uma afirmação de periculosidade estariam por terra todos os postulados jurídicos que fazem desse ato um ato por excelência voluntário.

Influenciado, talvez, pelo conhecimento de que na votação da Lei BERENGER fora proposta, embora sem êxito, a exclusão do delito de atentado ao pudor, o autor do Decreto brasileiro nº 16.588 excetuou, expressamente, do benefício (art. 5º) os crimes contra a segurança da honra e da honestidade das famílias, rubrica sob que aquele delito estava compreendido no Código de 1890. Igualmente ficaram excluídos os crimes contra a honra e boa fama (arts. 315 a 325 do mesmo Código). Qual fora a razão da ressalva, não a encontramos nem subentendemos na Exposição de Motivos como não a ofereceram satisfatoriamente os dois comentadores do decreto, ambos, aliás, reconhecendo que, pelo menos, os crimes de injúria e de calúnia não denunciavam, nos seus autores, perversão de sentimentos ou corrupção de caráter, por forma a justificar-se a exceção aberta.

Abandonou-a, em boa hora, o Código de 1940, onde, como vimos, o princípio triunfante é o da extensibilidade da medida a qualquer espécie criminal, salvo, unicamente, os delitos tipificados em diploma à parte. Por isso mesmo, e em face do artigo 10 do Código, que manda aplicar as suas regras gerais aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser em contrário, mister se faz para operar-se, em relação a tais infrações, a não-concessão do *sursis*, que haja, em cada lei, norma explícita nesse sentido.

É o que algumas poucas leis isoladas têm feito. O Decreto-Lei nº 4.865, de 23 de outubro de 1942, impediu a concessão aos estrangeiros que se encontrem em caráter temporário no território nacional, sem alusão, todavia, aos crimes por que respondam. O Decreto-Lei nº 9.070, de 15 de março de 1946, que dispôs sobre a suspensão ou abandono coletivo do trabalho, firmou, no seu artigo 15, que, nos processos referentes aos crimes contra a organização do trabalho, não haveria suspensão da execução da pena (inc. II, *in fine*). A Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, punindo crimes contra a economia popular, proibiu a suspensão da pena para todos os incursos nas suas disposições, com exceção do infrator que fosse empregado do estabelecimento comercial ou industrial ou não ocupasse cargo ou posto de direção dos negócios (art. 5º). Presumindo, a lei das contravenções penais (art. 14), indivíduos perigosos, além dos mencionados nos incisos I e II do artigo 78 do Código Penal, os condenados por motivo de contravenção cometida em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, quando habitual a embriaguez, bem como os reincidentes na contravenção de mendicância (art. 60) ou na contravenção do jogo-do-bicho (art. 58), é claro que não cabe, na hipótese, o *sursis*, visto que o artigo 11 da mesma lei das contravenções somente autoriza a concessão quando preenchidas as "condições legais" e um desses requisitos é, exatamente, o da ausência de periculosidade, real ou presumida.

Pelo ângulo dessas leis, o problema não apresenta maior importância, o que já não acontece em se tratando de crimes políticos condensados, presentemente, no Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967. Aí se estipula, no artigo 51, não ser admissível a suspensão condicional da pena nos crimes previstos no seu corpo. O preceito ainda é mais rígido do que idêntica proibição contida na Lei de Segurança imediatamente anterior, a de número 1.802, de 5 de janeiro de 1953, onde duas atenuações se recomendavam a aplauso geral, a que liberalizava o *sursis* a condenado maior de vinte e um anos ou maior de setenta, quando incurso em pena inferior a dois anos (art. 41, parágrafo único) e a que favorecia os que, a critério do juiz, conforme as circunstâncias do caso, houvessem voluntariamente desistido da consumação do crime ou espontaneamente anulado ou diminuído as suas conseqüências, hipótese em que seria reduzida, se não lhes fosse relevada, a pena correspondente aos atos porventura praticados (art. 36).

Muitos são os que condenam o princípio de total abstenção da suspensão condicional da pena para os delitos políticos. Em verdade, esse tipo de delinqüência obedece a móveis que nem de longe se confundem com os da criminalidade comum, e, ao menos por isso, o seu conteúdo de periculosidade não deve sofrer os mesmos critérios de avaliação nem autorizar os mesmos processos de repressão. Mas esse diverso tratamento, justificado pela qualidade dos motivos, que é o apanágio do criminoso político, não deve, nunca, contribuir para agravar a situação pessoal do condenado, que é um delinqüente diferente dos

outros, aos quais, entretanto, preenchidos determinados requisitos, se concede o *sursis*. Para a exceção só haveria um fundamento, o de o cumprimento da penalidade detentiva não acarretar o mal do contágio na prisão, visto que pelo artigo 52 da lei vigente de Segurança Nacional executa-se a pena fora de "rigor penitenciário", e em estabelecimento militar ou civil de escolha do juiz. Mas é evidente a relatividade desse juízo. A norma proibitiva talvez se apoiasse em que grande parte das penas previstas nessa lei é de *reclusão*, não se realizando, pois, um dos pressupostos do Código para a suspensão. Mas se fosse esta a exclusiva realidade, o preceito, afinal, seria desnecessário.

Ao contrár'o disso, numerosas penas de *detenção*, algumas de poucos meses de duração no mínimo (exemplo: três meses a um ano para os funcionários que cessarem, coletivamente, no todo ou em parte, os serviços a seu cargo), ali estão para atestar que, negada a elas a suspensão que em idênticas circunstâncias objetivas não se recusa a criminoso comum, estaria a lei validando uma forma de aviltamento do delinqüente político. A solução equânime, no caso, seria a de submeter criminosos comuns e criminosos políticos às mesmas prescrições ordinárias que regulam o *sursis*, levada em conta não a natureza da infração mas a intensidade da periculosidade criminal, que este é o critério último que informa a instituição. Destruiríamos, assim, de vez, a suspeita de que a exceção serve aos propósitos drásticos que costumam inspirar as leis de combate aos crimes contra a ordem política e social.

PERÍODO DE PROVA — No mesmo artigo em que fixa, para o efeito de *sursis*, a duração da pena de detenção como da de reclusão, estabelece o nosso Código o tempo em que a execução fica suspensa, para que durante ele se tente a desejada recuperação social do delinqüente. Esse período, chamado, em regra, de "período de prova", conta-se, no Código, por dois a seis anos, e na lei das contravenções penais, quando se trate de infração dessa espécie, por um a três anos.

Nas diversas legislações, deparamos ora o sistema de prazo variável entre um termo máximo e um termo mínimo, que é o adotado pelo Código, ora o sistema de prazo fixo, finalmente o de ausência de qualquer prazo. Para o primeiro tipo pendeu o Decreto nº 16.588, ainda que diferente o limite máximo. Preconizaram-no, outrossim, os Projetos SÁ PEREIRA e ALCANTARA MACHADO, aquele reduzindo para quatro anos o máximo e este elevando o mínimo para três anos, sendo os limites mínimo e máximo, respectivamente, os mesmos que o Código veio depois a admitir. O Projeto ESMERALDINO, seguindo, como em tudo, a Lei BERENGER, optava, entretanto, por prazo invariável, o de cinco anos.

A solução ideal, indubitavelmente, é a do prazo desdobrado entre dois termos, por melhor se ajustar à natureza do instituto, facilitando ao juiz adequar a decisão às peculiaridades de cada caso, com o que se assegurará, na prática, maior, senão perfeita, eficiência. O sistema de prazo certo, não circunscrito a limites, possui o defeito de conter numa só bitola situações díspares, sem atender a que é diferente, de indivíduo para indivíduo, o prognóstico de corrigibilidade. Por outro lado, a não-prefixação de um prazo, ainda que condicionado a limites, deixa ao juiz demasiado arbítrio, de que ele pode, muitas vezes, aproveitar-se de modo desconveniente. É irrecusável que o tempo para a suspensão da pena deve corresponder ao que se fizer imprescindível à correção do

delinqüente. Não se justificaria alongar nem encurtar desnecessariamente esse estágio, sob pena de malograr-se o objetivo do *sursis*. Essas e outras razões tornam inaceitável, por exemplo, a orientação do Código argentino, identificando o período de prova com o da prescrição da pena. As críticas sempre despertadas pelo preceito granjearam o apoio de SOLER, que, no seu projeto, estabeleceu o período de três a cinco anos, sem nenhuma correlação com o decurso da prescrição, e podendo ser posteriormente diminuído ao mínimo ou elevado ao máximo, caso conveniente.

Prazo oscilante entre um máximo e um mínimo é o critério prevalecente nos códigos, não obstante algumas variantes, atinentes, sobretudo, ao termo mínimo. O Código brasileiro, levando até seis anos o máximo, no que o acompanha o Anteprojeto NELSON HUNGRIA, avançou sobre as demais legislações, que se contentam, via de regra, com o máximo de cinco anos. O recentíssimo Código de Mônaco (1967) marca um período de três a cinco anos.

A despeito de a solução do prazo variável ser a mais consentânea e prudente, não se dirá que esteja livre de dificuldades, na prática. É ao que se reporta JOSÉ LUIZ SALES (ob. cit.), asseverando não ser fácil, na maioria das vezes, a tarefa do magistrado, de, jungindo-se aos elementos coligidos em cada caso, encontrar, nelas, algo capaz de indicar, com segurança, o lapso de prova a ser estabelecido. Melhor seria, a seu ver, fixá-lo bastante distanciado do mínimo, para prevenir a emergência de extinção da punibilidade “numa ocasião em que a função intimidativa ou regenerativa da medida ainda não frutificou todas as vantagens pretendidas”. Observa J. FREDERICO MARQUES (ob. cit.) que a duração do prazo estará em função dos mesmos elementos que serviram na apreciação da periculosidade, influenciando também a maior ou menor necessidade de vigilância sobre o condenado.

Para remediar, quanto possível, inconvenientes tais, é que o nosso Código, e com ele vários outros, consente ao juiz, na hipótese de revogação facultativa do *sursis* (art. 59, § 1º), e ao invés de decretá-la, dilatar o período até ao máximo, se não for este o fixado, de início (art. 59, § 3º). A prorrogação, por sinal, é automática, se o beneficiário, em curso o período de prova, for processado por outro crime ou por motivo de contravenção, cujo julgamento definitivo balizará, então, o final do prazo (art. 59, § 2º). Em tal conjuntura, as próprias características e finalidades do instituto é que exigem a alteração do período, na dependência da nova sentença, cuja repercussão sobre o *sursis* não se faz mister acentuar.

CONDIÇÕES — Nem todas as legislações indicam as condições que devam ser impostas ao beneficiário do *sursis*, preferindo deixá-las a exclusivo critério do juiz que decretar a medida. É como procede o nosso Código, limitando-se a estatuir, no seu artigo 58, que “a sentença deve especificar as condições a que fica subordinada a suspensão”.

A Lei BERENGER silenciava sobre o elenco dessas condições, que outras legislações, todavia, estabeleceram posteriormente; algumas, é certo, em caráter não exaustivo. Em verdade, uma enumeração legal excludente ou restritiva do arbítrio do juiz desatenderia à multiplicidade de condições a fixar, inclusive aquelas que se justificam por circunstâncias pertinentes a um ou outro crime, como, em relação ao delito de abandono da família, a obrigação de prestar as pensões alimentares devidas.

Ressaltando que "tais condições variam de caso a caso, de homem a homem, ligando-se à política preventiva da reincidência", convém ROBERTO LIRA (ob. cit.) — em que "as conseqüências da previsão legal generalizadora e automática" seriam piores do que o abuso a temer por parte do juiz, na discriminação das condições. Aconselha, entretanto, que a obrigação de residir no "distrito da culpa" conste, normalmente, da sentença, "se bem que implícita na condição de condenado, pois, do contrário, a execução, na parte não suspensa, seria prejudicada".

Aliás, a obrigação de residência, durante o período de prova, em local prefixado, é comum aos códigos que estipulam condições, como os da Noruega, Peru, Suíça, Alemanha, Etiópia etc. A coincidência do lugar de residência com o "distrito da culpa" oferece, não há negar, a vantagem apontada. J. FREDERICO MARQUES (ob. cit.), para quem um critério seguro seria orientar-se o juiz pelas condições firmadas na lei processual penal para a medida de segurança consistente em "liberdade vigiada" (assim também pensam BASILEU GARCIA, MAGALHÃES NORONHA e SALGADO MARTINS), lembra ser de "boa política" exigir-se, sobretudo, o comparecimento regular e periódico do beneficiário perante o juiz de execução da pena, o que pressupõe residência no distrito da culpa ou não muito longe dele. A condição do lugar de residência acrescenta BASILEU GARCIA a obrigação, naturalmente, de o beneficiário não se transferir de localidade sem a prévia autorização do juiz. Julgado baiano recente foi ao ponto de estabelecer, concomitantemente, as obrigações de o beneficiário recolher-se cedo à sua habitação e dela não se mudar sem o conhecimento prévio do juiz da comarca, o que parece demasiado (*Bahia — Forense* — nº 5 — 1967). Ainda da Bahia é a notícia de que, para determinado paciente, decretou o juiz a obrigação de *rezar o terço em família*, imponderada exigência que o Tribunal de Justiça cancelou, "por incompatível com o preceito constitucional de liberdade de crença" (*Apelação Crime* nº 2.662 — ac. de 28 março 1966, da 1ª Câm. Crim.).

Quaisquer condições serão, em suma, legítimas, se acordes à finalidade do *sursis* e compatíveis com as disposições legais, tal a recomendação do Código da Etiópia. É o que o Código alemão designa como obrigações que não impeçam o condenado de livremente servir-se das próprias forças para a sua recuperação. Com o mesmo pensamento, afirma SALGADO MARTINS (ob. cit.) que da natureza e da finalidade do *sursis* infere-se que as condições impostas pela sentença devem "visar, principalmente, à neutralização dos motivos e das ocasiões que possam levar o sentenciado a novamente delinquir".

Daí, figurarem, entre as normas de conduta ordinariamente traçadas, a abstenção de bebidas alcoólicas e de jogos de azar, a interdição de freqüência a lugares havidos por inconvenientes para o caso, a proibição do porte de armas, a obrigação de trabalho ou de aquisição de um ofício, se o não tiver o beneficiário, condições, todas, essenciais a um processo de reajustamento social, que é o supremo objetivo do *sursis*. Inovando sobre o Código Penal argentino, que nada dispõe a respeito, o Projeto SOLER (art. 48) particulariza, entre as regras de conduta que poderão ser impostas ao condenado, além da reparação dos danos causados, como "condição especial", as seguintes: adotar um ofício ou profissão; residir, ou não, num lugar determinado; abster-se de bebidas alcoólicas. Ainda que tais condições sejam recomendáveis em qualquer

concessão, é incontestável que umas o serão mais do que outras, consoante a natureza do delito, a personalidade do seu autor, as circunstâncias peculiares ao fato. O Código alemão (art. 24, § 1º, nº 5) insere, dentre as obrigações que enumera, a de o beneficiário prestar contribuição pecuniária a uma obra de interesse social. O Código norueguês (art. 52, inc. 6º — letra c) contempla o tratamento específico, com internamento em estabelecimento adequado, se necessário, para a hipótese do uso de bebidas alcoólicas ou de entorpecentes. Também o Código alemão: tratamento médico ou especial de desintoxicação (art. 24, § 1º, nº 3).

Condição insólita foi revogada, certa feita, no Tribunal de Alçada de São Paulo, pela razão de que não se coadunava com a finalidade do instituto. Era o caso que a um beneficiário do *sursis*, sentenciado por lesões físicas na pessoa de sua companheira, fixara o juiz a obrigação de consorciar-se civilmente com a vítima (já era casado pela Igreja) dentro no prazo de três meses. A despeito de aceitar essa condição, afora outras, quando da leitura da decisão na audiência, o interessado compareceu, posteriormente, quase no término daquele período, para confessar-se disposto a não cumprir o prometido quanto ao casamento, que é ato voluntário. Firmou o Tribunal, por unanimidade, o entendimento de que as cláusulas, no *sursis*, devem representar regras de conduta, a serem observadas no período de prova, não sendo possível, como o fizera o juiz, exceder o necessário a que se obtenha do condenado comportamento honesto, indicativo da sua capacidade de reintegração social (*Rev. Forense* — vol. 146).

Como se vê, as normas estabelecidas, ora por via da lei (condições *legais*), ora de iniciativa da Justiça, através da decisão que concede o *sursis* (condições *judiciais* ou *facultativas*), apresentam-se sob aspectos diversos, que tornam procedente a distinção feita pelo Código da Etiópia entre normas de *conduta*, normas de *proteção* e normas de *vigilância*, nenhuma delas, entretanto, desvaliosa no complexo de providências conducentes ao êxito do *sursis*. Como o Direito Positivo brasileiro não conhece a categoria de condições *legais*, SALGADO MARTINS (ob. cit.) reserva essa denominação para as que, *a contrario sensu*, defluem do artigo 59 do Código. Aí está prevista a anulação do *sursis* desde que o beneficiário, embora solvente, não satisfaça, no curso do período de prova, o pagamento da multa ou a reparação do dano. A multa é pena cuja execução não se suspende mas cujo descumprimento influi para a invalidação da sustação deferida a pena privativa da liberdade.

Menos simples será o entendimento no que tange à reparação do dano. Não são poucas as decisões judiciais que a impõe no ato concessório do *sursis*, conjeturando que aquilo que é causa de revogação não pode deixar de ser, logicamente, condição para o seu desfrute. A reparação do dano, com efeito, é *condição* que o juiz não se esquivará de ditar na sua sentença, atento, porém, à situação de solvência do acusado, porque não adianta determinar uma obrigação que se sabe, de antemão, que não será satisfeita. Válido, por seu turno, é o raciocínio de que essa causa de revogação do *sursis* só produzirá tal consequência quando houver sido prescrita como condição, no momento do benefício. Sua facultatividade como *condição*, em decorrência do sistema adotado pelo Código, não desaparece, a nosso ver, por efeito de, no mesmo sistema, figurar entre as *causas de revogação* da medida. Cumpre, sempre, distinguir *requisito*, *condição* e *causa de revogação* do *sursis*.

Ainda mais perigosa parece ser a extensão que se dá a esse conceito de reparação do dano, como condição do *sursis*, a ele equiparada a reparação do mal pelo casamento do ofensor com a sua vítima, o que é fator de extinção da punibilidade em vários crimes de caráter sexual. Por essa interpretação, a que alguns se afeiçoam, assim na doutrina como na jurisprudência, o dano a que se alude no artigo 59 do Código não é, exclusivamente, o dano patrimonial, podendo a hipótese abarcar, portanto, a reparação pelo casamento, inestimável como reparação moral na ocorrência de crime daquela natureza. De feito, não há contestar que a disposição do Código, na sua expressão literal, não se reporta a pagamento da multa e do dano, o que emprestaria a este um sentido material, mas a pagamento da multa e a reparação do dano, o que são noções diversas, assim nitidamente distinguidas no texto legal. Daí, porém, não decorre que possa a decretação da suspensão da pena sujeitar o beneficiário a uma obrigação que colide, evidentemente, com os fins do instituto e pode, até, em determinadas circunstâncias, humilhá-lo. Como acentuado na decisão judicial acima citada, o casamento é ato de livre vontade, que não deve, por isso mesmo, ser imposto a outrem, como condição de um benefício para cujo gozo foram preenchidos os requisitos prefixados. Há que discernir, entretanto, entre a condição consistente na reparação pelo casamento, inadmissível, e a condição que se traduz na satisfação do dano pelos caminhos da lei civil, possível sob pena de revogação da medida (decisões pertinentes à matéria são encontradas na *Rev. Forense* — vols. 151 — 211 — 213 e 216, afora o volume 146, já indicado).

Incorporando-se ao número das legislações que não prescindem do enunciado das condições do *sursis*, antecipa-nos exemplo singular, e que será provavelmente único, o recente projeto penal português, cujo artigo 70 estabelece que ao sentenciado em “regime de prova” (uma das duas maneiras executórias de que se reveste a *sentença condicional*) poderão ser traçadas obrigações que se refiram nomeadamente “às profissões que não deve exercer; aos lugares ou meios que não deve frequentar; aos lugares ou regiões em que não deve residir; às associações que não deve frequentar ou às reuniões em que não deve tomar parte; às pessoas que não deve acompanhar, alojar ou receber, ou de quem não deve ser hóspede; à não-detenção de objetos que lhe dêem oportunidade para a prática de outros crimes, como ainda e positivamente digam respeito à escolha da residência, do trabalho, do aproveitamento das horas e dias livres, à sua educação, à sua vida econômica, à situação das pessoas que dependam de si” e a tudo aquilo mais que se mostrar necessário a um plano de sua recuperação social e do desenvolvimento do seu sentimento de responsabilidade.

O acúmulo de tantas e tão rigorosas prescrições contraria, fundo, o pensamento de MANUEL LOPES-REY, em sua memória sobre “a reforma penal em Porto-Rico” (ed. da Universidade — 1967), de que a parte dos códigos onde se dispõe sobre a suspensão da execução da pena não deve conter mais do que “os elementos básicos” do instituto. Se a advertência calha para todo o capítulo, ainda mais procederá no particular das condições para o *sursis*, em que ao juiz deve caber amplo arbítrio, como acertadamente agiu o nosso legislador. As condições excessivamente pormenorizadas do projeto português, conquanto deixadas à escolha do magistrado, e sem prejuízo de outras, inominadas, fortalecem a impressão de que o sentenciado acabará, talvez, preferindo,

ao contrário da vida em “liberdade” sob o regime de prova, a vida sob a dura disciplina carcerária comum. Prova de que em matéria de obrigações no *sursis*, o ideal, em cada legislação, em cada sentença, é o meio termo...

Enfim, as condições assentadas por decisão judicial não deveriam possuir o condão de imutabilidade enquanto corre o lapso da prova. Seria isso um contra-senso, em face da natureza do instituto. O princípio da indeterminação, que é um dos cânones do Direito Penal moderno, encontra aqui plena fundamentação. E cedendo a essa contingência, é que códigos há, autorizando, pre-emptoriamente, possam tais condições ser alteradas, quiçá eliminadas, em meio do prazo, desde que conveniente a mudança ao êxito da experiência. Assim preceitua o Código alemão (art. 24, § 3º), conferindo ao juiz a possibilidade de estabelecer, posteriormente à concessão do *sursis*, qualquer das obrigações prefinidas em lei, além da faculdade de as modificar ou derogar. Escusa ressaltar que as alterações tanto servirão para agravar como para atenuar a situação do beneficiário e nisso é que está, precisamente, a virtude da indeterminação. O Código brasileiro silencia a respeito e desconhecemos qualquer iniciativa num ou noutro sentido. Não se confunde com a hipótese a competência que não se recusa à instância superior para cancelar normas de conduta que a instância inferior tenha firmado.

Satisfeitas, que sejam, no período de prova, as obrigações constantes da sentença, não mais se executará a pena objeto da suspensão. É o que prescreve, *ipsis verbis*, o Código, no § 4º do seu artigo 52: “se o prazo expira sem que haja ocorrido motivo para a revogação, não mais se executa a pena privativa de liberdade”. Um dos motivos de revogação é, precisamente, a inobservância, de parte do condenado, das condições a que se submeteu, pela sentença. Não quer isso dizer, entretanto, que a condenação tenha desaparecido, por forma a descaracterizar, futuramente, uma situação de reincidência, na eventualidade de crime que, legalmente, a defina. A hipótese, pelo Código, é diversa da do Decreto nº 16.588, onde se declarava que se, no lapso estabelecido para a prova, não fosse aplicada ao beneficiário outra pena, a condenação seria tida por inexistente, o que permitiu a interpretação de que o segundo delito não implicava a condição de reincidente no seu autor.

ANÍBAL BRUNO (ob. cit.) esclarece o ponto, nesta concisa passagem: “Mas, pela concessão da medida, a sua execução fica suspensa, sob determinadas condições, durante um prazo certo, findo o qual a pena é declarada extinta. A pena, mas não a condenação. Esta produzirá os seus efeitos, salvo a execução, e um desses efeitos é impedir a concessão de *sursis* por novo crime, ainda que o agente na condenação anterior o tenha obtido e conseguido vencer satisfatoriamente o prazo de prova. Mesmo vencido sem acidente o prazo da suspensão, se a pena privativa da liberdade se extingue, a condenação persiste”. Por tais motivos, é que ROBERTO LIRA (ob. cit.) considera ocioso o preceito, encontrado em alguns códigos, de que a suspensão da pena não pode ser decretada mais de uma vez.

Mudando as expressões do Código argentino “a condenação se terá como não pronunciada” (art. 27) para “a pena de prisão deixa de ser executável” (art. 52), argúi SEBASTIAN SOLER haver procurado, no seu projeto, um sistema mais ajustado à realidade, evitando os inconvenientes que a formulação do Código cria nos casos em que o indivíduo comete novo delito depois

de esgotado o prazo da prova. Entre nós, o Código, no § 4º do seu artigo 59, atribuiu à expiração do prazo sem que ocorra motivo para a revogação o efeito de tornar *não executável* a pena privativa de liberdade. Com maior clareza, o Código de Processo Penal utilizou a fórmula "a pena privativa de liberdade será declarada extinta" (art. 708). Mas o Anteprojeto NELSON HUNGRIA repete a lei substantiva, abandonando a sugestão da lei processual. Se, ao invés do exposto, sobrevier, no curso do período de prova, algum evento denotador de que a recuperação do beneficiário não se processa como desejada (seja a prática de outro crime ou contravenção, seja a inobservância de qualquer das obrigações), o caso será de *revogação*.

REVOGAÇÃO — Diz-se *obrigatória* ou compulsória a revogação, quando, no curso do prazo, o beneficiário é condenado, por sentença irrecorrível, em razão de crime, ou de contravenção pela qual tenha sido imposta pena privativa de liberdade, ou quando, sendo solvente, falta ao pagamento da multa ou à reparação do dano (art. 59, incisos I e II). É *facultativa*, quando o sentenciado deixa de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou é irrecorrivelmente condenado, por motivo de contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade (art. 59, § 1º).

A condenação por novo crime, qualquer que seja a penalidade, é causa fatal de revogação. A condenação por contravenção oferece, porém, uma alternativa: se a pena cominada é privativa da liberdade, a revogação é automática; se não o é, fica na dependência de deliberação do juiz. Quanto à condenação, deve ser irrecorrível, em qualquer das hipóteses, como se desprende do inciso I e do § 1º, *in fine*, do artigo em apreço. Por condenação irrecorrível entende-se aquela que foi confirmada em segunda instância ou a que, pela transcorrência do lapso para o recurso ordinário, já não mais o comporta. (BASILEU GARCIA).

Releva notar que a revogação se consuma pela condenação pronunciada ainda em curso a suspensão da pena e nunca pela simples prática de crime, embora fosse mais lógico retirar dessa ocorrência desconcertante a ilação de haver o condenado traído a confiança que nele fora depositada. Mas, em verdade, o crime, sendo por si reprovável, não será demonstração bastante desse comportamento incorreto, enquanto não comprovada, por sentença condenatória irrecorrível, a responsabilidade real do beneficiário. Além de que não é para desprezar a hipótese de uma absolvição no novo processo, diante da qual ficaria sobejamente patenteada a imprudência de uma revogação efetivada logo que cometido o delito. Também não é necessário que a condenação configure, juridicamente, uma situação de reincidência, observado o conceito que de reincidente nos dá o Código. A doutrina e a jurisprudência concordam, plenamente, nesse sentido, sendo para invocar, aqui, decisão não remota do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por uma de suas câmaras criminais, com a seguinte excelente e exaustiva ementa: "Para a revogação do benefício da suspensão condicional da pena, por haver sido o réu condenado nova e definitivamente, em outro processo, não se exige que ele seja reincidente; qualquer condenação, em razão de crime cometido antes ou depois da suspensão condicional da pena, mas cuja sentença transitou em julgado no curso do período de prova ou de sua prorrogação legal ou judicial, assume o caráter de condição resolutiva do direito condicional à extinção de punibilidade" (*Rev. Forense* — vol. 220). BASILEU GARCIA, MAGALHÃES NORONHA, HUGO

AULER, aí citados, e mais ROBERTO LIRA, J. FREDERICO MARQUES e SALGADO MARTINS não discrepam, no particular. Depende, entretanto, de interpretação comparativa dos textos legais o asserto de que a condenação revogatória do *sursis* é, exclusivamente, a proferida no Brasil, não a sentença estrangeira. No inciso I do artigo 57, o Código indica como *requisito* para a obtenção do benefício a ausência de condenação anterior, no País ou no estrangeiro, enquanto no inciso I do artigo 59, ao apontar uma das *causas* de revogação do *sursis*, não se reporta senão à sentença, omitindo a sua procedência, sob o aspecto de nacionalidade. Dir-se-á que se chegou, por via do mesmo recurso exegético, a entendimento diverso no tocante à irrevogabilidade da condenação que serve de obstáculo ao *sursis* e da que lhe serve de causa anulatória. Para aquele efeito, o Código fala, apenas, em "condenação", ao passo que para o outro resultado qualifica de irrecorrível a condenação. Inferiu-se, então, que não pode haver disparidade nos dois tratamentos, e como é positiva, no que respeita à revogação, a condição de irrecorribilidade da sentença, deve tal condição prevalecer, também, para a concessão do benefício, tanto mais que redundava em esclarecimento favorável ao acusado, sempre para louvar em matéria penal.

ROBERTO LIRA (ob. cit.) chama a atenção para a circunstância de o legislador brasileiro, quando quer reconhecer a influência, que é excepcional, da sentença prolatada fora do Brasil, dizê-lo inequivocamente, como no artigo 46, fixando o conceito de reincidência, e nesse inciso I do artigo 57, sob exame. Com o mesmo pensamento, manifesta J. FREDERICO MARQUES (ob. cit.) que "é de direito estrito tudo que se refira, aos efeitos, no país, das sentenças penais condenatórias pronunciadas *aliunde*", além de que não coincidem, forçosamente, os pressupostos do deferimento e os da revogação da suspensão da pena. Deduz-se do exposto que a sentença condenatória estrangeira impede a concessão do *sursis* mas, sobrevindo no período de prova, não é motivo para a sua revogação.

As causas revocatórias explícitas no Código (art. 59), BASILEU GARCIA (ob. cit.) acrescenta duas, que apareceram, posteriormente, no contexto da legislação processual. Uma, é a do desatendimento do réu à convocação para a audiência de leitura da decisão concedente do *sursis*, caso em que, salvo justo impedimento, determinante de nova chamada, ficará sem efeito a suspensão, executando-se imediatamente a pena (art. 705 do Código de Processo Penal). Outra, é o aumento, na instância superior, mediante recurso interposto pelo Ministério Público, da pena que ensejou o *sursis*, e que, assim agravada, resulta incompatível com a medida (art. 706). Ambas seriam causas de revogação obrigatória.

BASILEU acusa de tecnicamente defeituoso o último preceito, por isso que prevê a alteração da pena na sua quantidade quando igual modificação em relação à sua qualidade acarretaria, também, a insubsistência do benefício. Efetivamente, a simples substituição de um vocábulo (*augmentada*, como está na lei, por *agravada*, como deveria ser) desfaria quaisquer dúvidas sobre a aplicação extensiva, que aquele autor julga, aliás, consentânea à "finalidade do instituto e seus princípios cardiais".

Pensa, entretanto, SALGADO MARTINS (ob. cit.) que à lei abjetiva não era lícito inovar, trazendo matéria substancial, como, de um lado, a leitura

da sentença e a advertência ao condenado sobre as obrigações impostas, dois momentos essenciais à mesma índole do instituto, e, de outro, a majoração da pena, ocorrência superveniente que anula um dos pressupostos legais objetivos da concessão.

Bem reparadas as coisas, a "advertência" que o Código Processual (art. 703) reserva para a audiência de leitura da decisão concessiva do *sursis* assume aspecto de penalidade moral, que, obviamente, deveria ficar para a lei substantiva. É inseparável do conceito do *sursis* a idéia de discreta admoestação, que ele, afinal, significa. O Senador BERENGER, quando o estruturou em sua pátria, ressaltou, nele, precisamente, esse aspecto de pena moral, cujos elementos caracterizou como sendo a publicidade dos debates, as privações ou incapacidades que a condenação deixa de pé, finalmente a ameaça de execução da pena ou do agravamento da situação penal, em face da possibilidade de outro crime dentro do período de prova. E o aviso formal ao delinqüente sobre as conseqüências de uma nova condenação foi inserto no texto da lei.

RITO PROCESSUAL

Apurada a coexistência dos pressupostos legais para o *sursis*, passará o juiz a examinar os subsídios do processo, para o fim de formar a sua convicção sobre a ausência, ou não, da periculosidade do agente. A tarefa do julgador desdobra-se, destarte, em duas sucessivas e distintas fases: assentada a responsabilidade penal do acusado (crime, autoria e pena), segue-se a indagação sobre o momento legal da suspensão da execução da pena (tipo de pena e primariedade do agente). Isto posto, ainda uma verificação derradeira e decisiva se impõe, a da perigosidade, imprescindível para que o *sursis* possa ser justificadamente deferido ou negado.

Se o juiz se convencer da não-perigosidade, decretará a suspensão na própria sentença de condenação, motivando-a, e estabelecendo o período de prova e as condições e regras a que submete o inculpado (Código Penal, art. 58; Código de Processo Penal, art. 698). É um deferimento *ex officio*, a que não deve fugir. O Código Penal preceitua que a sentença especificará as condições. O Código Processual ajunta regras: condições e regras. De feito, pela natureza do instituto, o que se recomenda ao beneficiado, para observância enquanto suspensa a pena, é muito mais um conjunto de regras.

Se, ao revés, a conclusão do juiz, estudado tudo, for pela existência da perigosidade, o *sursis*, obviamente, será denegado, na mesma sentença, e também fundamentamente. Quer conceda, quer recuse o benefício, a sentença será, sempre, motivada. O que não se admitirá é o seu silêncio sobre a espécie, desde que concorrentes aqueles pressupostos — o da natureza e duração da pena e o da primariedade do agente, repita-se (CPP — art. 697). A concessão da medida, no entanto, não é ato privativo do juiz do processo, antes assiste, também, à instância superior, desde que a matéria lhe chegue ao conhecimento pelos canais regulares. Ao pedido de concessão não se fixa limite no tempo: qualquer tempo, mesmo depois da sentença transitada em julgado, é apropriado para pleitear-se o benefício.

Uma negativa manifestamente desarrazoada pode ser desfeita pela instância à qual se recorra. Prova nova, demonstrando o descabimento da concessão, ocasionará a imediata revogação (*Rev. Forense* — vol. 142).

Ao contrário, prova produzida para invalidar a que serviu de suporte à negação, conduzirá a Justiça a uma decisão concessória, revendo ou reformando. “Desde que seja produzida prova nova, no sentido de excluir fundamento de denegação da suspensão condicional da pena pela segunda instância” — esclareceu, incisivamente, o Ministro NELSON HUNGRIA, em voto unanimemente aceito na Suprema Corte — pode o juiz da primeira instância apreciar o pedido de concessão de benefício, com recurso para o Tribunal. Esta decisão merece ser registrada em minúcia, por suas interessantes implicações de ordem processual. É o caso que a suspensão da pena fora negada, através de recurso, por uma das câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a pretexto dos “maus precedentes” do paciente e de seu “menosprezo aos deveres inerentes à profissão”, conforme o referido na própria decisão. Ao juiz das Execuções Criminais, quando recebidos, de volta, os autos, para o efeito de executar-se a condenação, formulou o interessado apelo de *sursis*, fornecendo provas satisfatórias, umas destruindo, outras explicando as anteriores e desfavoráveis afirmativas a seu respeito. O magistrado não conheceu do pedido, sob a alegação de que, partindo de instância superior a denegação, não poderia ele descumpri-la ou revogá-la. Com isso concordou, recusando, liminarmente, recurso então interposto, o presidente da câmara criminal em causa, sustentando que o juiz de primeira instância não fizera mais do que acatar o deliberado pela superior. Assim contrariado nas suas pretensões, por mal entendida valorização de preconceitos hierárquicos, ao condenado não restou senão o caminho do *habeas corpus* ao Supremo Tribunal, concedido, afinal, para que o juiz da primeira instância considerasse o pedido de *sursis* e o resolvesse “como de direito”.

Comprova o decidido o papel que se reserva ao *habeas corpus*, no capítulo da suspensão condicional da pena. Não é ele, decerto, instrumento correto para solver, na instância superior, as dúvidas provindas da inferior, em torno do indeferimento de um *sursis*. O meio idôneo é o recurso *stricto sensu*, previsto no Código Processual (art. 581, inc. XI) para os casos de concessão, denegação ou revogação. Para os casos, entenda-se, supervenientes à sentença condenatória, e a circunstância de o recurso abranger, também, pelo texto legal, a hipótese de revogação, não deixar, sobre isso, qualquer dúvida. O Anteprojeto HÉLIO TORNAGHI simplifica o enunciado, vinculando o recurso à decisão que “resolver sobre suspensão condicional da pena” (art. 721, inc. VIII). Quando a concessão ou a denegação integrar o próprio ato de condenação, o recurso é o de apelação (CPP — art. 593, inc. I), versando ao mesmo tempo o mérito da sentença e a pertinência da medida dilatória da execução da pena. Outrossim, da decisão que repelir o recurso no sentido estrito ainda caberá *carta testemunhável* (CPP — art. 639, inc. I).

A lei processual, destarte, não deixou margem a que controvérsias de rotina sobre a procedência ou improcedência do *sursis* pudessem desaguar no *habeas corpus*, que por seu breve rito e pela impraticabilidade da apreciação dos elementos de prova não consente o cuidadoso exame que o debate requer. Não obstante tudo, ocasiões haverá em que a decisão cuja juridicidade se contesta envolve por tal forma irreparável a liberdade individual que será lícito alcançar-se, por *habeas corpus*, o benefício, como procedeu o Supremo Tribunal, por sua Segunda Turma, concedendo, em parte, o remédio excepcional, não para anular-se o processo, nos termos solicitados, mas para o efeito de

assegurar-se ao paciente o gozo do *sursis*, incumbido o juiz de fixar, como lhe aprouvesse, as condições a serem cumpridas (*Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal* — nº 17). De outro julgado transparece idêntico pensamento liberal, quando, recusando-se ao *habeas corpus* qualidade para a obtenção do *sursis*, “ainda que denegado o recurso da sentença” que o indeferiu, admite-se, incidentalmente, que o ato denegatório, posto que sucinto, estava fundamentado, e nem ao menos incorria em defeito formal que o tornasse nulo *prima facie* (*Rev. Forense* — vol. 133), o que, a *contrario sensu*, significaria reconhecer-se àquele nobre recurso o préstimo de invalidar, de pronto, as decisões de *sursis* marcadas por nulidade insanável.

Em suma, juiz ou Tribunal que conceder a suspensão dará conhecimento da decisão ao réu, em audiência que, por motivos óbvios, deverá ser especial, advertindo-o, outrossim, das conseqüências de nova infração penal e da transgressão das obrigações estipuladas (CPP — art. 703). Quando a suspensão for oriunda do Tribunal, caso em que lhe cumpre estabelecer as condições, a audiência de leitura poderá ser presidida por qualquer membro do mesmo Tribunal ou câmara, pelo juiz do processo ou por outro magistrado para esse fim designado pela presidência de qualquer daqueles colegiados judicantes (CPP — arts. 703 e 704). A intimação ao réu para a ouvida da sentença será feita pessoalmente ou por edital com o prazo de vinte dias (CPP — art. 705). Da data da audiência é que correrá o prazo de prova que na mesma decisão ficou fixado (CPP — art. 698, *in fine*). Em se tratando de condenação pelo Tribunal do Júri, ao seu presidente competirá decretar a suspensão (CPP — art. 695). Por decisão deferindo *habeas corpus*, para que fosse o impetrante liberado, de pronto, assentou o Supremo Tribunal que a soltura do beneficiado pelo *sursis* não pode ficar à espera da realização da audiência em que lhe serão anunciadas as obrigações a cumprir (*Diário da Justiça*, de 4-10-1968).

O legislador processual avançou sobre o código penal em alguns pontos cuja disciplina não parece situar-se na sua órbita.

É assim que dispôs que, na hipótese de co-autoria, a concessão poderá beneficiar a uns e não a outros dos co-réus (CPP — art. 702). E estatuinto o Código Penal que o *sursis* não compreende a pena de multa nem as penas acessórias (art. 57, parágrafo único) alargou o mandamento, nele incluindo os efeitos da condenação e as custas (CPP — art. 700). O que, talvez, pudessem regular, seria a forma de satisfação das custas processuais, que o artigo 701 manda que seja de uma só vez, ou em prestações no prazo que o juiz também fixar, tendo em vista as “condições econômicas e profissionais” do beneficiário.

Em livro especial do Instituto de Identificação ou de repartição congênera, ou, se não o houver na localidade, em livro próprio no juízo ou no Tribunal, será feita a inscrição da condenação, com a nota de suspensão, averbando-se, no momento dado, a revogação do benefício ou a extinção da pena. Ocorrendo a revogação, a inscrição será definitiva no registro geral (CPP — art. 709 e § 1º). O registro da suspensão terá caráter sigiloso, salvo quando houver sido cominada na condenação ou dela resultar pena acessória de interdição de direitos e quando, sobrevindo novo processo, precisar de informações pertinentes a autoridade judiciária competente (CPP — art. 709, §§ 2º e 3º).